الإرث

في الفقه الجعفري

تأليف

حجة الإسلام والمسلمين

الشيخ محمد إبراهيم الكرباسي

الجزء الأول

مؤسسة الأعلمي للمطبوعات

بيروت - لبنان

الإرث

في الفقه الجعفري

بسم الله الرحمن الرحيم

الإرث

في الفقه الجعفري

تأليف

حجة الإسلام والمسلمين

الشيخ محمد إبراهيم الكرباسي قدس سره

الجزء الأول

منشورات

مؤسسة الأعلمي للمطبوعات

بيروت - لبنان

الطبعة الاولى
١٤٣١ هـ - ٢٠١٠م

مؤسسة الأعلمي للمطبوعات

بيروت - شارع المطار - قرب كلية الهندسة
مفرق سنتر زعرور - ص ب : ١١/٧١٢٠
هاتف: ٤٥٠٤٢٦-٤٥٠. فاكس: ٠١/٤٥٠٤٢٧

Published by Alaalami Library
Beirut- Lebanon po. Box 7120
Tel - Fax: 450427
E-mail: alaalami@yahoo.com.

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد خاتم النبيين وآله الطيبين الطاهرين المعصومين

وبعد فيقول راجي عفو ربه محمد ابراهيم ابن الشيخ علي الكرباسي اني لما وجدت مسائل الوصية والميراث مما يعم بها الابتلاء ولا يتسنى للفقيه دائماً مراجعة الكتب المطولة في هذين الموضوعين أحببت جمع تلك المسائل أو أكثرها في رسالة تشتمل على ما استقر عليه مذهب الامامية مع الاشارة الكافية الى دليل الحكم بصورة موجزة وسميتها بنخبة الأحاديث في الوصايا والمواريث . راجياً من المولى أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم .

وقبل الشروع في الموضوع ينبغي تقديم مقدمة وذلك أن الأعيان الخارجية بالنسبة الى سائر الاشخاص أجنبية لا علاقة بينهما وانما العرف يرى ان بين تلك الاعيان وذويها نوع علاقة وارتباط يصححان نسبتها اليهم وعدها من أموالهم وتحت سيطرتهم وأيديهم فاذا كان كذلك جاز لهم جميع التصرفات والتقلبات ومنشأ ذلك كله هو الالتزام

العرفي وليس للشارع اختراع في ذلك وانما هو امضاء لطريقة أهل العرف قال الله تعالى : (أحل الله البيع وحرم الربا) (١) وتجارة عن تراض (٢) وأوفوا بالعقود (٣) . وقوله (ص) : الناس مسلطون على اموالهم (٤) إلا أن الشارع خطأ أهل العرف بالنسبة الى بعض المعاملات كبيع المنابذة والملامسة وليست تخطئته لهم على وجه الاطلاق بل في خصوص المصداق كما يذهب اليه بعض المحققين ولكن التحقيق يأبى ذلك إذ أن التخطئة في المصداق راجعة الى التخطئة مفهوماً . فتلك الاضافة والارتباط المتحققة في عالم الاعتبار ومنشأ لترتب الآثار الممضاة من قبل الشارع تسمى بالملكيــة وأول حصولها من الحيازة (والحيازة عبارة عن استيلاء الشخص على الشيء المباح) لأن من حاز ملك ، وهي كما تحصل بالحيازة تنعدم وتزول بالاعراض ، فالحيازة والاعراض طرفا نقيض بناء (٥) على أن الاعراض مزيل للملك بدعوى

(١) سورة البقرة آية ٢٧٤ .

(٢) سورة النساء آية ٢٨ .

(٣) سورة المائدة آية ١ .

(٤) البحار ج ١ الحديث (٥) باب ٣٣ ص٢٠٤ الطبعة القديمة وهذا الحديث مذكور في كتبنا الفقهية وبهذا النص ذكره الشيخ . الانصاري (قدس سره) في مكاسبه .

(٥) لايخفى انه قد وقع الكلام في أن الاعراض عن الشيء يوجب زوال الملك عنه أم لا ، بل انما يوجب اباحة التصرف فيما أعرض —

أن العرف يرى أن من أعرض عن شيء سواء كان ذلك حقيراً أو جليلا فقد زالت عنه إضافة الملكية مع عدم الردع عنه من قبل الشارع ويكفي فيه عدمه .

وكيف كان فالملكية هي إضافة اعتبارية حاصلة بين المالك والمملوك ويعبر عن تلك الاضافة التي هي أحد المعاني الحرفية بلام الملك . فيقال : المال لزيد وهي حينئذ كخيط متصل أحد طرفيه بالمالك والآخر بالمملوك كما ان (الحقية) نوع من الملكية إلا انه بمرتبة ضعيفة وإضافة اعتبارية من أنواع السلطنة قائمة بمن له وعليه الحق والحق بمنزلة المملوك فيقال حق الشفعة لزيد ويدل على تلك الاضافة الضعيفة لام الملك . والحقوق مختلفة فمنها قابلة للنقل والانتقال كحق التحجير ، ومنها غير قابلة للنقل كحق الشفعة وحق الخيار وان كانا قابلين للانتقال القهري كالارث ، لعدم الملازمة بينهما لاختلاف الملاك فيهما فان ملاك الانتقال قيام الوارث مقام مورثه فيما تركه فيندرج تحت عموم

— عنه بمجرد نية الاعراض وعلى الثاني فهل يجوز جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كالبيع ونحوه أم يفصل بين ما يتوقف على الملك فلا يجوز وبين غيره فيجوز ؟ احتمالات بل أقوال ينسب الأول الى جماعة كالشيخ قدس سره في محكى المبسوط والقمى في أجوبة مسائله وعن الكفاية نسبة ذلك الى الاشهر قال : ولو اطلق الصيد من يده لم يخرج عن ملكه اذا لم ينو قطع ملكه عنه وان نوى ذلك ففى خروجه عن ملكه قولان : أشهرهما الأول ولعله الاقرب انتهى : ويدل على ذلك صحيحة عبد الله بن سنان عن ابى عبد الله عليه السلام قال : من أصاب مالاً أو بعيراً في فلاة من الأرض قد كلت وقامت وسيبها صاحبها بما لم يتبعه فاخذها غيره فاقام عليها وانفق نفقته حتى أحياها من الكلال ومن الموت فهى له ولا سبيل له عليها وانما هى مثل الشيء

ما ترك الميت فلورثته بنحو لا يستفاد من الدليل ان ثبوت الحق ما دامت الحياة وملاك النقل هو عدم تقومه بشخص خاص . وعليه تكون الحقوق مختلفة فمنها ما يقبل النقل ولا يقبل الانتقال كحق القسم الذي هو للزوجة على الزوج فانه يقبل لخصوص ضرتها مجاناً ولا يقبل الانتقال بالارث الى ضرتها لو كانت هي الوارثة كمن تزوج بامرأة ثم تزوج عمتها او خالتها ، ثم ماتت احـــداهما وكان الوارث لها ضرتها فانها لا ترث ، حق القسم منها لكون هذا القسم للزوجة ما دامت في قيد الحياة ومنها ما يقبل الانتقال وغير قابل للنقل كحق الرهانة والشفعة والخيار اما عـدم نقلها لآخر لكونها متقومة بمن له الحق واما نقلها الى من له الحق فهو غير ممكن للزوم تسلط الانسان على نفسه بالنحو الذي كان لطرفه عليـه ، وليس من ذلك القبيل ملك الانسان لما في ذمته إذ الانسـان يملك ما في ذمته ولا يمكن ان يتسلط على نفسه كما هو لازم الحق لاستلزامه اتحاد السلطان والمسلط عليه وهو غير معقول .

بيان ذلك انه فرق بين الحق والملك فان الحق قائم بمن له الحق ومن عليه فلابد من تغايرهما بخـلاف الملك ، فانه نسبة بين المالك والمملوك فهو وان اقتضى تغايرهما الا انه لا يقتضي المغايرة بين من له ومن عليـه فلا مانع من ان يملك الانسـان ما في ذمته لتحقق المغايرة

— المباح (١٠) بنـاء على أن المراد بالمماثلة في الخروج عن الملك بأخذ من سبقت يده اليه ويـــدل عليه رواية الشعيري قال : سئل ابو عبد الله (ع) عن سفينة انكسـرت في البحر فاخرج بعضها بالغوص واخرج البحر بعض ما غرق فيها . فقال : أما ما اخرجه البحر ، فهو

(١٠) الوسائل كتاب اللقطة ج ٥ الطبعة الأولى باب (١٢) حكم التقاط الشاة والدابة والبعير وما علم من المالك اباحته .

بين المالك والمملوك ، وبالجملة اتحـــاد المالك ومن له الملك غير قادح لعدم اقتضاء الملكية المغايرة بخلاف الحق ، فانه يمتنع ان ينتقل الحق الذي عليه اليه بلزوم اتحاد السلطان والمسلط عليه وهو باطل وبعبارة اخرى ان الحق الذي يوجب السلطنة على من هو عليـه لا يمكن نقله الى من لـه الحق من غير فرق بين ان يكون بعوض كالبيع ونحوه او مجاناً لعـدم امكان سلطنة الانسان على نفسـه بالنحو الـذي كان لطرفه عليه . بل ربما يقال بان ما في ذمة الانسان لا يمكن ان يكون مملوكا لمن هو عليـــه ولو آناً ما لكي يكون الانسان مالكاً على نفسه آناما فيسقط ، وليس منه بيع الدين على من هو عليه اذ المبيع فيه هو الكلي في الذمة لا بقيد كونه في لذمة وانما اخذت بنحو الظرفية فينطبق على ما في الخارج وبذلك يوجب الاسقاط فهو وان لم يكن من التهاتر الا انه اشبه شيء به ولكن لايخفى أن ذلك لا يرفع المحذور إذ السقوط لايتحقق إلا بدخوله في ملك من هو عليـــه فيلزم المحذور المذكور . اللهم الا ان يقال بانه يلتزم بعدم المحالية بمقدار ما يستلزم السقوط

— لأهله الله أخرجه واما ما اخرج بالغوص ، فهو لهم وهم أحق به بناء على ما حمله في السرائر : انما تركوه آيسين منه هو الذي لم يخرجه البحر فهو لمن غاص عليه بخلاف ما اخرجه (١٠) . ورواية السكوني عن أبي عبد الله (ع) عن امير المؤمنين (ع) في حديث قال : اذا غرقت السفينة وما فيها ، فاصابه الناس فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله وهم أحـــق به وما غاص عليه الناس وتركه صاحبه فهو لهم (٢٠) . ولا يخفى ان دلالة هذا الخبر أظهر من غيره إذ المناط فيه —

(١٠) الوسائل كتاب اللقطة باب (١٠) ما لو غرقت السفينة وما فيها فأخذ الناس بعض المتاع ج ٥ .

(٢٠) نفس المصدر في اللقطة ج ٥ .

كملك العمودين على ان في هذه الحقوق خصوصية تمنع النقل الى من هو عليه . اما الرهانة التي هي عبارة عن ثبوت حق في العين يترتب عليه سلطنة للمرتهن عليها باستيفاء دينه الذي على الراهن من العين المرهونة عند حلول الدين بالشروط المذكورة في محله وهذا المعنى لا يمكن ان ينتقل الى الراهن واما حق الشفعة التي هي عبارة عن ثبوت حق يترتب عليه سلطنة الشريك على اخذ ما اشتراه المشتري بالقيمة التي دفعها الى البائع قهراً ، ومن الواضح ان هذا لايمكن ان يتسلط المشتري عليه إذ لا معنى لنقل حق التملك منه اليه وهكذا حق الخيار فانه لو كان للبائع فيكون له سلطنة فسخ العقد وارجاع المبيع

—هو تركه وليس المراد به إلا الاعراض وقد جزم بعض من تأخر بأن الاعراض يرفع الملك لأجل هذا الخبر الأخير . كما انه جوز العبور في الشوارع المفتوحة من قبل الدولة لاعراض اصحاب الاموال عنها فتنسلخ ملكيتهم عنها ، هذا مضافاً الى ان بناء العرف على كون الاعراض مزيلا لتلك الاضافة ولم يردع عنه الشارع بل ربما يقال بأن قوله (ص) (الناس مسلطون على اموالهم) يدل على جواز جميع التقلبات حتى المتلفة إلا انه قام الدليل على حرمة المتلفة فيبقى الاعراض داخلا تحت عموم السلطنة . ودعوى انه يستفاد الردع من قوله « اوفوا بالعقود » فانها تدل على وجوب الوفاء بالعقود المعهودة والاعراض ليس منها ، ممنوعة فان الاعراض لما لم يكن فيه عهد اصلا فلا يكون هذا العموم متعرضاً لردعه وانما يكون ردعاً لعقود غير معهودة بناء على كون اللام للعهد . هذا ولكن الانصاف أن القول بكون الاعراض مزيلا للملكية محل نظر . اما بناء العرف على ذلك فغير معلوم . نعم يوجب الاباحة لقيام شاهد الحال برضاء المعرض في التصرف بما اعرض عنه مضافاً الى —

الى ملكه . وهذا المعنى لا يمكن ان يتسلط عليه المشتري للزوم المحذور المتقدم من اتحاد السلطان والمسلط عليه من غير فرق بين ان يكون الخيار في العقد او في العين ومنها ما يقبل الانتقال والنقل كحق التحجير فانه قابل لهما لوجود ملاك الانتقال والنقل فيه . واما حق الحضانة فهو من الحقوق القابلة للاسقاط وغير قابلة للانتقال لقيامه بنفس الشخص ما دامت الحياة والظاهر انه ليس للام أخذ الاجرة وان مال اليها صاحب الجواهر قدس سره واما حق الاستمتاع والولاية وحق الجار والغيبة وامثالها فهي من الاحكام وليست من الحقوق وهكذا نفقة الاقارب فان وجوب الانفاق حكم تعبدي فمخالفته موجبة للاثم ولذا لا تورث بخلاف نفقة الزوجة فانها من الحقوق لاطلاق الحق عليها في بعض النصوص وتقضى لو اخل بها الزوج مع تمكينه من نفسها فهي قابلة للنقل باحد النواقل وينتقل بالارث كسائر الديون وهي أي الحقوق وإن كانت مختلفة إلا انه يجمعها أمر واحد هو انها تسقط بالاسقاط ولا ينتقض بتعلق الزكاة بالمال فان ذلك من نوع الملك على ما هو المختار من التعلق بالمالية كما يظهر ذلك من بعض الاخبار ومن اللام في الآية الكريمة (انما الصدقات للفقراء) (١) بتقريب ان اللام حقيقة في الملك ومجاز في غيره وعدم ترتب بعض آثار الملك انما هو

(١) سورة التوبة آية ٦٠

— اصالة عدم زوال الملكية بمجرد الاعراض ودليل السلطنة لا يشمل الاعراض لأنه قد فرض انه مذهب للملكية فكيف يشمله ؟ على انه غير مشرع لأسباب السلطنة وانما السلطنة في الامور المعهودة والنواقل المتعارفة . بل ربما يقال بأن دليل السلطنة مانع من كون الاعراض مزيلا للملك . فان موضوعها انتساب المال للمالك فمع حفظ —

لدليل خاص او ان ذلك من لوازم العينية .

وليس ذلك جامعاً حقيقياً وانما هو جامع عنواني بل هو من أحكام الحق لما هو معلوم بين العقلاء أن لكل ذي حق اسقاط حقه وبذلك يميز بين الحق والحكم كحق الوالد على ولده وبالعكس بل ومثل الحضانة والولاية فانها من الاحكام والتعبير عنها بالحقوق تسامح لعدم قبولها للنقل والاسقاط واما القسم فانها لما كانت قابلة للنقل لغيرتها مجانا وقابلة للاسقاط فتصير من الحقوق وليست من الاحكام فان الحكم لايسقطه المحكوم له عن المحكوم عليه . وانما يسقطه جاعله فهما

— ذلك يتسلط المالك على جميع انواع التصرفات المقررة له بالاسباب الشرعية المعهودة فمع الاعراض لا تزول تلك الاضافة إذ لم يرد عن الشارع ان الاعراض نحو من أنحاء السلطنة التي قرر سببيته وليس دليل السلطنة مشرعا لأنحاء الأسباب ومن هنا نقول ان النواقل المعهودة لو أعملت ليست موجبة لاعدام تلك الاضافة الاعتبارية وانما هى تبديل لطرفي الاضافة فلو دل هـــذا الدليل على الاعدام لزم منه تحقق السلطنة على السلطنة وهو باطل كما حرر في محله ، واما خبر ابن سنان فالتمثيل له بالاباحة أعم من المدعى مضافاً الى معارضته لخبر الشعيري فان الاعراض فيما أخرجه البحر متحقق أيضاً مع انه قال (ع) هو لأهله إلا انه لا دلالة له فيه على كون الاعراض مزيلا للملك بل لعله ناظر لاباحة التصرف لمن غاص واخرج واما رواية السكوني ان كان فيها ظهور في جعل الملاك هـــو الترك لو كان بمعنى الاعراض لتم ما ذكر إلا انه غير معلوم إذ لعله لعدم القدرة على استخراج ما في البحر فحينئذ يلتزم بخصوص ما ليس بمقدور . ولذا قال بعض مشايخنا قدس سره ان مجرد انقطاع يد المالك عنه —

مختلفان حقيقة وان اتحدا بالنسبة الى التعبير عن كل منهما باللام ففي الحق يقال حق الشفعة لزيد . وفي الحكم : له شرب الماء وليس له شرب الخمر إلا ان مفاد اللام مختلف ففي الحق تفيد اللام الملك فلذا يكون مجرورها ظرفاً مستقراً وفي الحكم تفيد التعدية ولذا يكون مجرورها ظرفاً لغوياً متعلقاً بمقدر أي يجوز له شرب الماء فانقدح مما ذكرنا ان الحكم ليس فيه اضافة وضعية اصلا والحق يكون طرفاً لمرتبة من مراتب الاضافة الملكية واقوى من هذه الاضافة اضافة مالكية المنفعة واقوى منها اضافة مالكية العين فالاضافة هي الجامعة بين الملك والحق فان كانت تامة بمعنى ان لها تعلقاً بنفس المتعلق بنحو تكون قابلة لجميع التقلبات فتسمى ملكاً وان كانت ضعيفة اما لقصور في نفس الاضافة كحق المرتهن بالنسبة الى العين المرهونة واما لقصور في نفس متعلقه كحق التحجير وحق الخيار بناء على تعلقه بالعقد غير قابل لما عدا الفسخ والاجازة فيسمى حقاً (ودعوى) ان قوام الحق اضافته الى المالك بنحو لولا اضافته لا يصح اعتباره من غير فرق بين ان يكون الحق قائماً بعين في الخارج كحق الجناية القائم بحق الجاني وبين ان يكون قائماً بمعنى كحق الخيار والاخذ بالشفعة والقصاص والرهانة وامثال ذلك وبه يمتاز الحق عن الملك (ممنوعة) اذ ذلك لايصلح ان يكون فارقاً فان بعض ما هو من الملك لا يصير ملكاً اعتبارياً الا

— قهراً لا يوجب تحقق الاعراض لكونه من الأمور القصدية وبعد تحققه تحتاج العودة الى الملك الى قصد الرجوع عن اعراضه والذي يظهر من الرواية كون الخروج هو المملك بلا احتياج الى قصد الرجوع عن الاعراض . والتفصيل بين الخارج بنفسه أو بالغوص لا ينطبق على الاعراض ولا على تحقق حق الاختصاص نظير حق الاختصاص —

باضافته الى المالك كما هو كذلك بالنسبة الى ملكية ما في الذمم وهذه الاضافة بعد حصولها من الحيازة فتارة تحصل بسبب اختياري كالبيع ونحوه واخرى بسبب قهري كالارث وبينهما تفاوت فان في البيع تبديلا بين المملوكين أي المالين ولذا قيل في تعريفه كما في المصباح مبادلة مال بمال وبالنسبة الى الارث تبديل بين المالكين ولذا يقوم الوارث مقام مورثه ويتفرع عليه انه لو كان المال متعلقاً لحق الغير ينتقل الى الورثة بما هو محقوق كذلك وعليه دل بعض الأخبار (ان ما ترك الميت من حق فلوارثه) وهذا انما يتصور فيما اذا كانت الملكية غير مقيدة له بحياته كالمنفعة الموصى بها الموصى له مدة حياته وكالعين الموقوفة على البطن الأول وعلى من بعده من البطون المتأخرة فان البطن الموجود يملك العين ما دام موجوداً فملكيته محدودة الى حين الوفاة فبموته ينقطع امدها اذ المانع من انتقال العين الموقوفة من احد البطون الى وارثه هو جعل الواقف حسب ما يستفاد من قوله (ص) (الوقوف بحسب ما يقفها اهلها) (١) نعم وقع الاشكال في وقف المنقطع هل ينتقل الى ورثة الطبقة الاخيرة او ورثة الواقف او يبقى صدقة اوجه فان قلنا ان جعل الواقف عبارة عن تملك الموقوف عليهم فالاول وان

(١) الوسائل كتاب الوقوف والصدقات باب ٢ وجوب العمل بشرط الوقف .

— الموجود في الخمر القابل لكونه خلا وقد يستفاد من الرواية ان الوقوع في البحر يوجب لأن يكون بمنزلة التالف وبالخروج بنفسه يكون مفيداً للملكية ومع الغوص يكون بنفسه مانعاً من الرجوع الى المالك . وبالجملة فالتفصيل بين المخرج بنفسه أو بالغوص من باب التعبد كما يظهر من شيخنا في الجواهر قدس سره . فظهر مما ذكرنا —

قلنا ان جعل الواقف عبارة عن تصدق على نحو خاص فان قلنا بأنه على نحو تعدد المطلوب فاذا بطلت الخصوصية بانقراض الطبقة الأخيرة بقي اصل التصدق فالوجه هو الثالث وان قلنا بوحدة المطلوب كما

— ان رواية السكوني والشعيري لا دلالة فيهما على كون الاعراض هو المملك وانما يظهر منهما أن الغوص هو المملك لما اخرج لتحقق اليأس أو لعدم القدرة ولو سلم فانما هو حكم في واقعة لا يستفاد منها حكم كلي بأن الاعراض هو المملك . ومن هنا قرب بل قوى بعض من قارب عصرنا كون الاعراض غير مزيل للملك وانما يفيد اباحة التصرف . إلا انه قال يملك بالقبض واستدل على ذلك بهذه الفقرة من الرواية بدعوى ان الغالب مما يبقى تحت الماء مما يتحقق الاعراض عنه بخلاف ما أخرجه البحر وبقوله من سبق الى مالم يسبق اليه احد مضافا الى عموم (قاعدة اليد) (١) ولكن لا يخفى مافيه اما الغلبة التي ادعاها فهي ممنوعة واما رواية « من سبق الى مالم يسبق اليه أحد كان له » (٢) فهي في المباحات الأصلية التي ليست بمملوكة وكون الاعراض موجباً للاباحة غير مستلزم لزوال ملكية ما اعرض عنه فمع تحقق ملكية المعرض لاينفع الاستيلاء في تحقق الملكية ثانياً واما عموم قاعدة اليد فلا مجال للتمسك بها لعدم انقطاع ملكية المعرض. فاتضح مماذكرنا ان الحق هو كون الاعراض يوجب اباحة التصرف وليس مزيلا للملك . واما كونه يتملك بالقبض فيحتاج الى دليل كما أن دعوى اباحة جميع التصرفات

(١) متصيدة من روايات واردة في الموارد الخاصة راجع الوسائل كتاب القضاء باب وجوب الحكم بملكية صاحب اليد .

(٢) في الجامع الصغير للسيوطي وكنوز الحقائق للمناوى ونص الحديث هكذا (ومن سبق الى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له) .

لا يبعد اذ هو الأصل في القيود فيتعين الوجه الثاني ثم ان عدم جواز بيع الوقف ليس لاجل ان مقتضاه يقتضي عدم الجواز ويبطل الوقف عند طرو مسوغ شرعي لكي تتحقق الطلقية ولو آناًما فيعود ملكاً للواقف

— حق المتوقفة على الملك كالبيع فلا دليل عليه إلا بالالتزام بالملكية آناما الالتزام به محل نظر . نعم ربما يدعى وجود السيرة بالنسبة الى المحقرات . كجلات الأنعام والسنابل المتخذة من الزرع وحطب المسافرين ونحو ذلك ولكن لايخفى ان ثبوت السيرة في تلك الموارد ليس كون الاعراض هو المملك بل لوجود امارة من المالك على اباحة التملك لشاهد الحال كنثار العرس ولذا صرح الشهيد الثاني بأن نفس الاعراض ليس مزيلا للملكية وانما يبيح التصرف فالأحوط لو لم يكن هو الأقوى انه يلزم مراجعة المالك مع معرفته خصوصاً مع عدم يأسه والتصدق به عنه مع عدم معرفتـــه .

ومنه يعلم ان الاعراض لا يوجب انسلاخ الملكية ليتفرع عليه تصحيح العبور في الشوارع المفتوحة من قبل الدولة لما هو معلوم ان زوال الملكية له طرق مخصوصة والاعراض ليس منها نعم ربما يقال بالنسبة الى الشوارع المفتوحة من قبل الدولة قد سلبت ماليتها لالحاقها بالاموال التالفة اذ ان مالية المال تتقوم بتوفر جهة في الشيء توجب تنافس العقلاء عليه ويكون حالها حال الاوراق النقدية مسلوبة الاعتماد من قبل الدولة وان كان بينهما فرق اذ ان المالية في الاولى ذاتية وفي الثانية اعتبارية الا انهما من حيث مالية المال واحده ومن اجل ذلك جوزنا العبور في تلك الشوارع ولو سلمنا ان فيها منفعة ضئيلة ويقابلها قليل من المال فلذا الاحوط الرجوع بها الى الحاكم الشرعي ليؤجرها ولو بقليل من المال من اصحابها لاجل عبور الناس ومرورهم وان شاء —

او الموقوف عليهم اذ ذلك محل منع لعدم المنافاة بين جواز البيع وبقاء الوقف على حاله . بيان ذلك هو ان الوقف عبارة عن الايقاف في

—المستطرق نفسه مرة واحدة من اصحابها باجازة من الحاكم الشرعي بناء على ثبوت ولايته للمورد كما لايبعد ذلك لتعلقها بالنظام والمصلحة العامة كما هو راى لبعض محققي المتأخرين لا كما قيل من ان الموجب لجواز العبور هو فرش الارض بالآجر او السمنت او القير بحيث يكون تعبيداً لها فلا يعد تصرفاً بالمشي عليها حيث يكون العبور بتلك الشوارع بالفضاء وليس تصرفاً في المملوك كما هو كذلك في عبور الطائرات بالفضاء فان عبورها لا يحتاج الى رخصة ، وذلك محل نظر اذ العبور على الحجر المعتمد على الارض يعد تصرفاً فيها ولا يقاس بمثل عبور الطائرات في الفضاء الخارق للعادة بحسب المرتكز فانه لا يعد تصرفاً في ملك الغير كالعبور من تحت الملك الخارق للعادة فانه لا يعد تصرفاً عرفاً ، كما ان تصحيح العبور باحراز رضا المالك ولو بشاهد الحال لابتلاء الناس محل نظر اذ ذلك لا يصحح العبور فيما اذا كان المالك صغيراً او ان الارض موقوفة . اما تصحيح العبور بان ما لا يمكن ارجاعه الى صاحبه يرجع الى الحاكم الشرعي لكونه بحكم مجهول المالك كما يظهر ذلك من الشيخ الانصاري (قده) في المكاسب المحرمة ، ففيه ما لا يخفى فان ما ذكره الشيخ (قده) في المال الذي تحت يد الانسان مع عدم العلم بصاحبه لا مثل هذه الشوارع . واما اباحة العبور لكونها اراضي غير مسورة ولا محجبة كما هو الحال في البساتين والاراضي المملوكة الواسعة فان السيرة جرت على الاستطراق فيها مع عدم مراجعة المالكين لتحصيل الاذن لهم بذلك بل ربما يقال لا حق للمالك في المنع حيث ان الشارع المقدس لما انعم على مالكي الارض—

نخل واحـــد من دون ان يتحرك الى اليمين او اليسار فهو كمقطوع الرجلين كمـا يستفاد ذلك من تعريف القوم له بـانه تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة .

ومن دليل الامضاء المستفاد من قوله (ع) (صدقة لا تباع ولا

— وما شاكلها لم يكن ليفرط حق الضعيف والنوع البشري من الاستفادة بهذه الارض وبهذا المقدار وعليـه تكون هـذه السيرة متصلة بالامـام المعصوم مع عدم ردع عنها ويستفاد ذلك من قول الصادق (ع) (كل ولا تحمل) في جواب من مر بالثمرة فاكل منها الى غير ذلك من الاخبار الدالة على ان المالك ليس له حق المنع ، ويظهر من ذلك ان المار له الحق في الاستطراق واكل الثمرة كمـا عن الصادق (ع) في جواب ان التجار قد اشتروها ونقدوا اموالهم قال (ع) اشتروا ماليس لهم (١٠) ولكن لا يخفى ان ما ذكر في البساتين والاراضي الواسعة فان ملكيتها مقيدة بجواز الاستطراق بخلاف مالو طرأ عليهـا الاستطراق كما في الطرق المستملكة من دور الناس ومحلاتهم فان ملكيتها لاربابها لم تكن مقيدة بالاستطراق من اول الامر لكي يثبت حق المستطرقين وانما عرض عليها الاستطراق وامـا المساجد الواقعـــة في الشوارع فتارة نقول بزوال مسجديتها مع زوال الآثار فلا اشكال في عدم ترتب آثارها واخرى نقول ان ارض المسجد لا تخرج عن المسجدية فجميع آثار المسجد تترتب فيجب تطهيرها كما يحرم تنجيسها والقول بالتفكيك محل اشكال وان قال به الاستاذ المحقق النائيني (قده) في حاشيته على العروة وقد ذكرنا تفصيل ذلك في بحوثنا الفقهية .

(١٠) الوسائل كتاب التجارة بيع الثمار باب ٨ جواز اكل المار من الثمار وان اشتراها التجار وفي صدر هذه الرواية : كل ولا تحمل ،

توهب) (١) بناءً على ان قوله (لا تباع) صفة لقوله (صدقة) التي هي مفعول مطلق النوعي يدل على اللزوم اذ لولاه لا اثر لهذا الايقاف وعليه تكون ادلة جواز البيع عند طرو المسوغ الشرعي مخصصة لدليل الامضاء . على انه لو قلنا بان عدم جواز البيع مأخوذ في حقيقة الوقف الا ان هذا المعنى مالم يمضه الشارع لا اثر له وبالدليل المذكور يستفاد اللزوم الذي هو الحكم الممضى من قبل الشارع وهذا الحكم الممضى قابل للتخصيص وعليه لا منافاة بين بقاء الوقف وجواز البيع عند طرو المسوغ الشرعي وعلى القول بالمنافاة بينهما كما ينسب الى بعض الاعاظم (قده) فلازمه بطلان الوقف عند طرو المسوغ الشرعي وعوده وقفاً عند ارتفاع المسوغ كما لو كان المسوغ شدة حاجة ارباب الوقف الى البيع ثم ارتفعت الحاجة ومع ارتفاعها تعود العين الى الوقفية مع انه لا دليل على عودتها الى الوقف بعد بطلانه كما ان لازم القول بالمنافاة القول بعدم وجوب شراء شيء عوض العين الموقوفة عند طرو المسوغ الشرعي لان طروه يوجب الطلقية ولو آناما اما للواقف او للموقوف عليهم وذلك موجب لزوال الوقفية ومع زوالها فلا موجب لشراء البدل والالتزام بذلك محل منع بخلاف مالو قلنا بعدم المنافاة بينهما بأن لم يكن اللزوم مستفاداً من نفس الوقف وانما هو مستفاد من دليل الامضاء فيكون جواز البيع منافياً لحكم الوقف وليس منافياً لما انشأه الواقف وعليه الوقف قد تعلق بجميع مراتب العين من الخصوصية والمالية وطرو المسوغ يوجب رفع الخصوصية وتبقى مالية العين على وقفيتها فلذا يجب ابدالها بعين اخرى

---

(١) الوسائل كتاب الوقوف والصدقات باب ٦ عدم جواز بيع الوقف .

على نحو ما قلنا في رد العين المغصوبة فيجب ردها ما دامت العين موجودة ومع تلفها يجب رد المالية اذ اليد العادية استولت على الخصوصية والمالية . ولاجل ذلك نقول في أن بدل الوقف يصير وقفا من دون حاجة الى اجراء صيغة الوقف كما قلنا في أن دية العبد الموقوف على الجهة او الذرية حكم العبد الموقوف او عن الجناية الواقعة على العبد لا كونها غرامة عن العبد المجنى عليه . والظاهر انه لا يعتبر في البدل المماثلة للمبدل بل يلاحظ في البدل الاصلح كما انه لايعتبر في تبديل البدل طرو المسوغ الشرعى للبيع بل يلاحظ فيه الاصلح . ومن هذا القبيل الشراء من منافع العين الموقوفة على المساجد والحسينيات والمدارس لطلاب العلم الدينية والخانات للزوار ونحوها لاحتياج هذه المشاعر فانه لما كانت منافع الوقف يلاحظ فيها الاصلح ولا يعتبر في تبديلها وجود المسوغ الشرعى للبيع فكذلك في بدلها اذ حكم البدل حكم المبدل منه . ولاجل ذلك فرق الاصحاب بين شراء الحصير وغيره من منافع الدكان الموقوف على المسجد وشرائها من غير تلك المنافع الموقوفة ووقفه على المسجد فان في الاول لا يعتبر في تبديله طرو المسوغ الشرعى بل يلاحظ فيه الاصلح بخلاف الثانى فانه لا يجوز تبديله الا بطرو المسوغ الشرعى اذ حاله حال الاعيان الموقوفة . ثم ان هذا الذي ذكرناه انما يجري في بعض اقسام الوقف كالوقف على العلماء والسادات والزوار وطلاب العلم والذرية والوقف على الموقوف كمنافع الاعيان الموقوفة على المساجد والمشاهد ونحوها من المشاعر فان هذه الاقسام لم يكن الوقف فيها على نحو التحرير والفك كما هو كذلك بالنسبة الى بعض الاوقاف الأخر مثل المساجد والمشاهد والحسينيات والخانات والقناطر ونحوها مما توقف لانتفاع كل من سبق اليها فان

الوقف في الجميع من قبيل التحرير والفك بمعنى ابطال الملكية وليس تمليكاً للمسلمين فبذلك تخرج عن الملكية وتعد تلف المالية فيها تلفاً شرعياً هذا كله في الاعيان الموقوفة والنماء الموقوف لصرفه على الوقف واما النماء الموجود كالثمرة على الشجرة التي آن اقتطافها فهو ملك للبطن الموجود ملكية دائمية تنقطع بالموت فتنقل لورثة ذلك البطن ميراثا واما الثمرة التي ليست موجودة حال الحياة فليست لهذا البطن وانما هي للبطن اللاحق لكونها تتبع العين والمفروض ان العين انتقلت الى البطن اللاحق بتمليك من الواقف بناء على ما هو التحقيق من ان البطن اللاحق يتلقى الوقف من الواقف لا من البطن السابق ولذا قلنا باحتياج الطبقة اللاحقة الى اليمين مع انقراض السابقة باثبات حقهم فيما لو ادعى بعض الورثة ان مورثهم وقف داراً عليهم ومن بعدهم على نسلهم لأنه يكون حلف الطبقة السابقة بالنسبة الى اللاحقة من قبيل حلف لاثبات حق الغير بخلاف مالو قلنا بكون التلقي من السابقة فان حلفهم يكفي اللاحقة من غير حاجة الى حلف جديد لأن ملكية اللاحقة حينئذ من آثار ملكية السابقة وبذلك يفرق بين القولين ولا تحصل التفرقة بالبينة لثبوت الحق على القولين نعم وقع الاشكال في النماء الذي بدا صلاحه ولم يحن وقت اقتطافه مع انتقال العين الى البطن اللاحق فهل يلزم البطن اللاحق ابقاء النماء والثمرة مجاناً ويدفع لورثة البطن السابق أو مع أخذ الأجرة أو هو للبطن اللاحق ؟ الحق هو الوجه الثاني لكون النماء لما كان موجوداً وقد بدا صلاحه فهو ملك للمتوفى وانما يكون نموه في ملك البطن اللاحق فلذا يستحق البطن اللاحق الاجرة على ابقائه وتنميته وليس لهم القلع لحصول الضرر على ورثة البطن السابق كما ان البقاء

مجاناً من دون أخـــذ الاجرة ضرر على البطن اللاحق مضـافاً الى ما عرفت من ان النمو انما كان في ملك اللاحق ولا يقاس المقام على اجارة العين في زمن الخيار فان الاجارة لا ريب في صحتها مع حصول الاذن ممن له الخيار وبعد الفسخ تكون العين منتقلة الى المالك الأول مسلوبة المنفعة لأن الاذن في تفويت المنفعة كالاذن في اتلاف الأوصاف لا تكون عهدتها على المتلف فهو نظير ما لو باعه بعد الاجارة لأن ملكية من عليه الخيار ملكية مطلقة ولهـا استعداد البقاء والمنافع من نمائها وبعـد الفسخ ينتقل المـال منه الى المالك الاول بخلاف ملكية البطن اللاحق حسب ما عرفت فان الوقف ينتقل من الواقف الى البطون المتأخرة لا ممن سبقه من البطون فليس للبطن السـابق ملكية دائمية حتى تنقطع بالموت نظير ملكية ذي الخيار بل ملكيتها حسب ما عرفت ما دامت الحياة نعم لو كان الايجار بدون إذن من له الخيار فاجارته الى حين الفسخ لا اشكال فيها لعدم منافاتها لرد العين فان التصرفات المنافية لعود العين لا تصح بناء على عدم جواز تصرف من عليه الخيار تصرفاً متلفاً للعين واما ما بعد الفسخ فالقول بالصحة محل نظر لأن مقتضى سلطنة من له الخيـار استرجاع العين بعد الفسخ وذلك مناف لمقتضى الاجـارة من كون العين تحت يد المستأجر هذا اذا لم نقل بجواز تصرف من عليه الخيـار بنفس العين بالتصرفات المنافية لبقـاء العين اما بدعوى ان الحق متعلق بالعين أو بدعوى كون الملك يحصل بعد انقضاء الخيار كما ينسب الى الشيخ الأنصاري قدس سره واما بدعوى ان الخيار إنما هو سلطنة على حل العقد ولم يؤخذ بنحو الموضوعية وانما أخذ بنحو الطريقية لاسترجاع نفس العين فعليه يجب حفظ العين من النواقل المتلفة ويكون حفظها من قبيل المقدمات الوجودية للواجب المطلق واختار

ذلك بعض الاساطين في بحثه الشريف ، وعليه بنى كون المدار على قيمة يوم الأداء واما اذا قلنا بجواز التصرفات الناقلة المنافية اما بدعوى كون الخيار متعلقا بنفس العقد لابالعين أو ان الملك يحصل بمجرد العقد لا بعد انقضاء الخيار أو بدعوى أن الخيار أخذ طريقاً لاسترجاع نفس المالية المشتركة بين العين والبدل ويكون حفظ العين من المقدمات الوجوبية للواجب المشروط كما لا يبعد الالتزام بذلك في جميع الخيارات ما عدا خيار الشرط فان العرف يرى أن للعين خصوصية ، فعلى هذه المباني لا مانع من التصرفات المنافية لبقاء العين لا تكليفاً ولا وضعاً فلو حصلت بدون اذن من له الخيار لا تكون منافية ولا ينافيها الفسخ لرجوعها الى استحقاق البدل كما لو تلفت العين فانه لا اشكال في جواز الفسخ وحيث لا يمكن رد العين فيستحق البدل فحينئذ حال الاتلاف كحال التلف من غير فرق بينهما هذا بالنسبة الى الخيارات الأصلية المتصلة بالعقد كالمجلس والحيوان واما الخيارات غير المتصلة بالعقد كالتأخير والغبن والعيب بناءً على ان ظهور العيب والغبن سبب شرعي لثبوت الخيار لا كاشف عن تحقق الخيار عند العقد كما في خيار التأخير فانه لا مانع أيضا من التصرفات المنافية وضعاً وتكليفاً حيث ان الملكية حينئذ عند تحقق العقـــد ملكية مطلقة ليس فيها ما يوجب التزلزل وكون الحق متعلقاً بعد ذلك لا يمنع من التصرفات المنافية وقـــد بينا تفصيل ذلك في تعليقتنا على مكاسب الشيخ الأنصاري قدس سره .

ومثل ما ذكرنا في الوقف يجري في الحق الثابت للشخص ما دام حياً بنحو تكون حياته مقومة لثبوت الحق كحق الجلوس في السوق والمسجد وحق الخيار المجعول للاجنبي وحق التولية والنظارة وحق

الحضانة والمضاجعة ومثلها مالو كان الحق متعنوناً بعنوان مفقود في الوارث ككونه ثابتاً لأعلم البلد ففي ذلك كله لا ينتقل الى الورثة لعدم صدق موضوع الميراث الذي هو عنوان ما ترك الميت من حق فلوارثه وحيث انجر الكلام الى الحقوق فلا بأس بذكر بعض الحقوق التي تورث باشارة اجمالية فنقول ان الحق المتعلق بنفس المال ينتقل الى الوارث بنفس انتقال المال الى الورثة من دون احتياج الى ثبوته للورثة بأدلة الارث المتعلقة بذلك الحق كمثل حق الرهان فانه لما كان له تعلق بالدين وانه وثيقة له فبنفس انتقال العين الى الوارث ينتقل الحق المتعلق الى الوارث أيضاً وكما في حق الحريم التابع للدار فانه يتبع الملك فبنفس انتقال الملك الى الوارث يتبعه حريمه بل الحكم المتعلق بالمال يثبت للوارث اذا انتقل المال اليه كحق اجازة العقد الواقع فضولا في ملك المورث لتحقق موضوع الحكم لا لأنه يورث ومع الشك في كونه متعلقاً بالمال كمثل حق الخيار للشك بكونه متعلقاً بنفس العين بأن يتسلط من له الخيار على استرجاعها بفسخة أو انه عبارة عن حل العقد من حينه فمثل هذا الحق المشكوك يحتاج في كونه موروثاً الى كونه قابلا للانتقال إذ مع عدم قبوله للانتقال لامعنى لكونه موروثا وحينئذ فيحتاج في ارثه الى دليل يدل على ذلك وقد قام الدليل وهو النبوي المعتضد بالشهرة « ان ماترك الميت من حق فلوارثه » (١) دلنا على ان الحق يورث كما يورث المال ولذا قلنا ان الخيار يورث كسائر الحقوق الموروثة ودعوى ان حق الخيار ليس من

---

(١) الرياض ج ١ فصل ٣ الخيار يورث ، ومكاسب الشيخ (قده) احكام الخيار ، الوسائل كتاب الضمان باب ٣ حكم معرفة الضامن بالمضمون الا ان نص الحديث (فمن ترك مالا فلورثته) .

الحقوق لكونه عبارة عن ان له امضاء العقد والحق على ما عرفت ما يكون قابلا للاسقاط وهو غير الامضاء ، ممنوعة اذ اسقاط الخيار نتيجته امضاء العقد حيث ان معنى له الخيار هو ان له التجاوز عن حقه واسقاطه ونتيجة ذلك هو امضاء العقد ومع الشك في كونه موروثا للشك في كونه متقوماً بالشخص أم غير متقوم فلا يورث لا يجري فيه الاستصحاب للشك في بقاء الموضوع ، كما انه لو شك في كونه حقا أو حكماً أيضاً لا يورث ، مثل مالو شك في ان ما نذره لشخص وقد توفي ذلك الشخص ، فهل العين المنذورة تعلق بها حق للمنذور له فتنتقل لورثته أو لم يتعلق بها حق لكي يكون قابلا للانتقال وانما هو حكم شرعي وجهان؟ وقد عرفت أنه ليس فيه اضافة للمال وانما هو قائم بنفس الشخص كمثل الرجوع في الهبة والاجازة في العقد الفضولي وامثال ذلك ، فهو غير قابل للارث واما جواز الرجوع في المطلقة الرجعية فالظاهر انها من الاحكام حيث ان القدرة على الرجوع بالمطلقة من شؤون بقاء علقة الزوجية بمعنى ان للزوج بقاء تلك العلقة وارجاعها كما كانت كما له قطع تلك العلقة فيكون من قبيل جواز الرجوع في العقود الجائزة الذي لا اشكال في ان ذلك من الاحكام وليس من الحقوق بل الذي يظهر من كلمات العلماء من ان المطلقة الرجعية زوجة حقيقية كما يستفاد من قوله تعالى (وبعولتهن احق بردهن) (١) فان الظاهر من الاتصاف ان يكون فعليا ولازم ذلك كونه حكماً لا حقاً . ودعوى كونه حقاً لدخوله تحت قوله (ع) الصلح جائز بين المسلمين (٢)

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

(٢) الوسائل كتاب الصلح الا ان الرواية بين الناس بدل بين المسلمين .

في غير محله اذ العموم لا يشخص كونه حقاً على ان الشك في كونه حكماً او حقاً يكون من قبيل التمسك في العام في الشبهات المصداقية الذي لا يجوز التمسك بالعموم فيها وهكذا حق الاولوية بالسبق الى المساجد او المدارس ونحوها المستفاد من رواية السبق المتقدمة فان الذي يقوى كون ذلك من الاحكام لا من الحقوق بمعنى يحرم مزاحمة الغير له اذ لو كان حقاً كان اما من جاعل الوقف بأن اوقفه على السابق او ان نفس السابق احدث حقاً جديداً وراء جعل الواقف لكي يكون له حقان اما الواقف فلم يجعله على السابق بل وقفه عام يشمل السابق وغيره واما السابق فلم يحدث ما يوجب ان يكون حقاً له لكي يسقط بالاعراض فليس هذا السبق الا سبباً لحرمة المزاحمة وذلك لا يعد من الحقوق فصلاة المزاحم ليست باطلة وانما المزاحمة موجبة لتحصيل الاثم اذ تصرفه في المكان تصرفاً فيما له التصرف وان حصل بذلك اثما فلا تكون الصلاة من قبيل الصلاة في الدار المغصوبة كما هي كذلك لو قلنا بكون السبق محدث حقا للسابق ودعوى أنه بناءً على كون السبق حكماً يكون من قبيل مسألة الضد ممنوعة اذ المحرم هي المزاحمة وهي لا توجب النهي عن الضد الا اذا كانت المزاحمة محرمة حدوثاً وبقاءً فيحصل من ذلك الامر بافراغ المحل ويكون اشغال المحل بالصلاة ضداً له فتكون من مسألة الضد وقد حققنا في الاصول ان الامر بالشيء لا يقتضي النهي عن ضده . واما حق الجار والاخوة والتولية المجعولة من الواقف والوصاية المجعولة من الموصى على اطفاله او على التصرف في ثلث ماله وحق الغيبة والشتم والضرب والايذاء فانها ليست من الحقوق لعدم كونها من مراتب الملكية ووجوب الاستحلال من استغابه وآذاه بالضرب والشتم لا يوجب كونها

من الحقوق وانما ذلك لظلمه له واما حق الابوة فهو ليس من الحقوق وان اوجب سلطنته على مال ولده الصغير بما يرجع الى مصلحة البيع او الشراء بل يجوز اخذ المال من امواله وصرفه على نفسه وعلى من يعول به مالم يكن مسرفاً ومجحفا كما عن محمد بن مسلم عن ابي عبد الله (ع) الى ان قال (ع) وفي كتاب علي (ع) ان الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً الا باذنه والوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء الى ان قال ان رسول الله (ص) قال انت ومالك لأبيك (١) فان هذه السلطنة تعد من الاحكام وليست من الحقوق فلذا لا تسقط بالاسقاط ومن هذا القبيل نفقة الاقارب من الابوين مطلقاً او الادنين منهما والاولاد فانه وان وجب البذل الا ان ذلك لا يثبت حقاً اذ البذل انما هو لاجل المواساة وسد الخلة ولذا لا يوجب القضاء لو اخل بها وان اثم اجماعاً بخلاف نفقة الزوجة فانها من الحقوق لاطلاق الحق عليها في بعض النصوص ولذا تقضى لو اخل بها الزوج مع تمكينها من نفسه ، قال في الرياض وتقضى نفقتها أي الزوجة دون نفقتهم أي الاقارب بلا خلاف في ذلك . وبالجملة كون الشيء قابلا للارث ليدخل تحت النبوي المتقدم يتوقف على أمرين : أحدهما تشخيص كونه حقاً لا حكما الثاني كونه قابلا للانتقال . فمع الشك لا مجال للاستصحاب للشك في بقاء الموضوع ، وبمقتضى الدليل المتقدم ان الحق بنفسه يورث ولو لم يورث المال مثلا في الدين المستوعب للمال نفس المال لم يورث بناءً على عدم انتقال المال للورثة ، وقد فرض تعلق الخيار بنفس

(١) التهذيب ج ٦ ص ٣٤٣ طبع النجف ، وحديث انت ومالك لأبيك تذكره عامة الصحاح كما في كشف الخفاء للعجلوني ج ١ ص ٢٠٣ حديث ٦٢٨ .

المال . فالخيار بذاته يكون موروثا مع عدم انتقال المال إلا ان يكون عدم الارث لنقصان فيه كالرقية أو القتل فلا اشكال في عدم ارث الخيار لكون المانع الذي يمنع ارث المال هو بعينه مانع من ارث الحق . نعم وقع الكلام بالنسبة الى ما يكون المانع هو التعبد الشرعي كالزوجة وغير الاكبر من الأولاد بالنسبة إلى الحبوة فانه بما انها لا تستحق من رقبة الارض فلو اشتراها مورثها بمعاملة فيها خيار أوباع ارضا بمائة دينار وكان له الخيار فهل لها - أي الزوجة - الخيار في الصورتين أو لا ؟ أو يفصل بين ما اذا كان الميت مشترياً للارض فترث الخيار دون ما اذا كان بائعا فلا ترث الخيار ؟ ولا يخفى ان مبنى التفصيل ان البائع للارض كان ملكه للثمن متزلزلا حين موت المورث فاقتضى بقاء هذا التزلزل بعد موته ثبوت حق للزوجة وان لم يكن لها سلطنة على الارض ، بخلاف ما اذا انتقلت الارض عنه . فان ملكية المشتري للارض وان كانت متزلزلة إلا انه ليس لها أي الزوجة إعمال الخيار لحرمانها من نفس الارض ، ومبنى الوجهين الأولين هو أن الخيار هل هو متعلق بالعقد ؟ أي له حله وفسخه ، أو متعلق بالعين ؟ أي له استردادها . فاذا كان متعلقاً بالعقد فلها الخيار لأن مورثها يملك حق فسخ العقد فينتقل اليها هذا الحق فلها إعماله وان سبب حرمانها من الميراث ، وان كان الخيار متعلقاً بالعين فهي حينئذ محرومة من العين لا علاقة لها بها فلا معنى لتسلطها على استرجاعها أو ردها الى مالكها الأصلي . واختار شيخنا الأنصاري قدس سره عدم ارثها لأن الخيار حق لمن انتقل عنه بعد احراز السلطنة على ما وصل بازائه . وحاصل ما ذكره ان الخيار عبارة عن مالكية الرد والاسترداد فليس لها الرد ، كما انه ليس لها الرد

فليس لها الاسترداد ، وقد نوقش في ذلك بأن الخيار عبارة عن مالكية حل العقد وفسخه من دون نظر الى ذلك أي الرد أو الاسترداد فعلى الأول هو مبنى القول بعدم ارثها مطلقاً ، وعلى الثاني أي المناقشة هو ثبوت ارثها مطلقاً ويظهر مبنى التفصيل هو ان الخيار مالكية الاسترداد دون الرد أو بالعكس ؟ فالاقوال اذاً اربعة والذي بنينا عليه هو ان الخيار متعلق بالعقد لأنه عبارة عن ملك فسخ العقد إلا أنه لم يؤخذ بنحو الموضوعية وانما اخذ طريقاً لاسترداد العين وجلباً للمال . فعليه إذا كان الوارث محروماً من الرد أو الاسترداد فلا معنى لفسخه فالقول بعدم ارث الخيار للزوجة مطلقاً هو الأقوى . ودعوى ان متعلق الخيار هو العقد لا من جهة كونه طريقاً ممنوعة كما ان دعوى الفرق بين الرد والاسترداد بأن يكون لها الرد دون الاسترداد كما هو مبنى المفصل ممنوعة أيضاً ، إذ الرد والاسترداد في الخيار في عرض واحد حيث ان الخيار هو حل العقد وحله ليس إلا رد كل عوض الى محله أي تبديل اعتبار لامكاني وكل من ليس له الرد ليس له الاسترداد إذ انهما في مرتبة واحدة ، ولا يقاس الخيار بحق الشفعة ، فان حق الشفعة يورث باعتبار ان للشريك حق ابطال المعاملة وارجاعها الى نفسه فيكون انتقاله الى الشريك من شريكه بالثمن الذي بذله المشتري فيكون تملكا جديداً ومثل هذا الحق لا مانع من انتقاله بالارث الى الزوجة ، وليس الامر هكذا بالنسبة الى الخيار الذي هو عبارة عن حل المعاملة وكونه طريقاً الى ارجاع المال ، وحيث انها محرومة من العين فلا سبيل لانتقال الحق المتعلق بالعين اليها وهذا الذي ذكرنا بالنسبة الى الزوجة جار بعينه في ارث غير الولد الاكبر بالنسبة الى الحبوة المفروض كونه محروماً منها . ثم لا يخفى ان الحق

الموروث لا يفرق بين كون الوارث واحداً أو متعدداً إلا انه بالنسبة الى المتعدد في مثل ارث الحق الذي هو امر وحداني ومعنى بسيط وقع الخلاف فيه فقيل انه يتعدد بتعدد الورثة ويكون كل واحد منهم له خيار منفصل كما كان لمورثه بحيث يكون له الفسخ في الكل مثل حد القذف ، وقيل يكون كل واحد له خيار في نصيبه ، ولكن لا يخفى ان الاول غير معقول فان الحق على ما عرفت انه مرتبة من مراتب الملكية ، فلا يعقل تعدد الملاك على المملوك الواحد بأن يكون لكل تمام السلطنة على الشيء الواحد ولذا يكون بالنسبة الى الشيء الواحد تعدد الملاك يثبت الاشتراك . وفي المقام لما كان امر وحداني واضافة واحدة لا يعقل ان تكون قائمة بالمتعدد فلابد من ان يحصل فيها التجزئة ، وحيث انا بنينا على ان الخيار انما هو حل العقد والأخذ بنحو الطريقية الى ارجاع المال وجلبه فيتجزأ بحسب المال فيكون الخيار الى كل بالنسبة الى نصيبه وهو أمر معقول متصور . نعم لو أخذ أحدهم دون الأخر لا يكون للمالك خيار ، تبعض الصفقة وليس مثل الشفعة فانه قد دل الدليل أن لكل له حق الشفعة . فعليه لا مانع من اختيار القول الثاني ولازم ذلك بأن إعمال الخيار في نصيب كل واحد مشروط بإعمال الأخر لما هو مفروض ان الخيار واحد لمورثهم وعليه فلابد من اتفاقهم على الفسخ والاجازة لما عرفت من ان الخيار عبارة عن حل العقد وفسخه بالنسبة الى المال وانه طريق لجلبه فيتجزأ بمقدار تجزئته فيلحق لكل نصيب جزء منه ولكن مشروطاً بانضمامه الى الأخر . والذي يمكن ان يقال انه لا معنى للشرطية التي هي عبارة عن كون كل واحد من الأجزاء أخذ قيداً للآخر مع أن الأجزاء حسب ما حققنا انه لا اطلاق فيها ولا تقييد

وتؤخذ الأجزاء بعضها مع بعض بنحو التوأمية وبتعبير بعض (بنتيجة التقييد) وعليه ان كل واحد لا يؤثر فسخه إلا مع ضم الأخر اليه فما ذكره بعض الأعاظم من شرطية الانضمام وان كل جزء مع الآخر فيه شرط ضمني قد عرفت ما فيه فان الشرطية التي هي عبارة عن القيدية لا تتحقق بالأجزاء بعضها مع بعض لعدم الاطلاق فيها حتى تكون قابلة للتقييد وبتعبير بعض مشايخنا بنتيجة التقييد المساوق للتوأمية وبالجملة الشرط الضمني لا معنى له إلا ان يرجع الى ماذكرناه بقي الكلام في الدين فتارة يقع في المستوعب واخرى في غيره ، اما الكلام في المستوعب فقيل : ان المال باق على حكم مال الميت حتى يؤدى الدين وبعد الأداء ينتقل الى الورثة كما عليه الاكثر ويؤيده قوله تعالى : « من بعد وصية يوصي بها أو دين » (١) مضافاً الى ما يستفاد من بعض الاخبار كصحيحة سليمان بن خالد « قضى أمير المؤمنين (ع) في دية المقتول انه يرثها الورثة على كتاب الله وسهامهم اذا لم يكن على المقتول دين » (٢) وفي مصحح عباد بن صهيب عن أبي عبد الله (ع) « في رجل فرط في اخراج زكاته فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما كان قد فرط فيه مما يلزمه من الزكاة ثم أوصى ان يخرج ذلك فيدفع الى من يجب له ذلك . فقال : جائز يخرج ذلك من جميع المال انما هو بمنزلة دين لو كان عليه ليس للورثة شيء حتى يؤدوا » (٣) وقد استدل أيضاً انه لو لم يبق على حكم مال الميت

(١) سورة النساء آية ١٠

(٢) الوسائل كتاب الميراث باب ٩ ان الدية يرثها من يرث المال .

(٣) الوسائل كتاب الزكاة باب ١٩ ان من كان عليه زكاة واوصى بها من ابواب المستحقين .

يلزم تحقق الانعتاق لو كان ممن ينعتق على الوارث بمجرد الموت لو كان عليه دين مستوعب مع انه لا خلاف في عدم انعتاقه ولكن لا يخفى ان الآية وكذا الاخبار لا يستفاد منها بقاء المال على حكم مال الميت وانما يستفاد عدم جواز تصرف الورثة إلا بعد أداء الدين كما يظهر من بعض الأخبار المتعلقة بالدين من أن الغرماء لهم استخراج دينهم من نفس الاعيان المتروكة فلهم علاقة بالعين نظير علاقة الرهن بالعين واما دعوى الانعتاق لو وصل الى الوارث القريب فهو غير لازم إذ انما يلزم لو قلنا بالملكية المستقرة للوارث بالموت مضافاً الى منافاته لما سيجيء من موثقة زرارة الدالة على أخذ الغرماء مع عدم ضمان الدين وكيف كان فدعوى بقاء المال على حكم مال الميت دعوى بلا دليل مضافاً الى ما يستفاد من اخبار الارث والآيات المتعلقة بالمواريث هو ان الموت بنفسه موجب للانتقال للورثة مثل قوله تعالى : «ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك » الى غيرها من الآيات ويؤيده انه لو قلنا بالبقاء على حكم مال الميت يلزم القول بعدم مشاركة ابن الابن لعمه مع وفاة أبيه قبل وفاء الدين ودعوى ان أدلة الميراث ناظرة الى الحكم الاقتضائي فمع وجود المانع لا يؤثر وبعد رفع المانع يؤثر ذلك الحكم فينتقل سهم أبيه لابنه عند وفاء الدين في غير محله ، إذ ظاهر تلك الأدلة هو الحكم الفعلي فبالموت ينتقل المال الى الورثة محقوقاً للغرماء ولازمه عدم التصرف في الاعيان مع وجود الدين المستوعب وهذا هو الأقوى وفاقاً للعلامة في القواعد قال فيها ما لفظه : من مات وعليه دين مستوعب فالاقرب عندي ان التركة للورثة لكن يمنعون منها كالرهن حتى يقضى الدين منها أو من غيرها ووافقه على ذلك صاحب مفتاح الكرامة وان خالفه من جهة أخرى

وهي : ان تعلق حق الديان ليس بنحو الرهن بل من قبيل تعلق ارش الجناية برقبة العبد . اقول جعل المقام من حق الجناية يوجب جواز التصرف في العين ولو فرض كون الدين من المستوعب وذلك للفرق بين الحقين فان حق الرهانة يتعلق بالمال لا بما هو هو بل بما انه ملك الشخص الخاص وانه باق على ملك مالكه فلا يجوز بيع المال المرهون لاستلزامه خروجه عن ملكه وهو مناف لحق المرتهن بخلاف حق الجناية فان تعلق الحق بالمال بما هو هو لا بما انه ملك لشخص خاص فلو جنى العبد كان حق الجناية ثابتاً عليه بشخصه ويتبعه المجنى عليه ولو بيع مرات عديدة ويستقر الضمان بالاخرة على مالكه الاول والظاهر كون المقام من قبيل حق الرهانة حيث ان المطالب من قبل الديان ليس الا الميت ولازمه تعلق حق الديان بالتركة بما انها تركة فلو بيعت وانتقلت زال حق الديان لعدم تعلق حقهم بملك المالك الفعلي ، فاخذ المال من المشتري لا يكون استيفاءاً للحق الثابت على الميت . هذا كله في الدين المستوعب ، واما الدين غير المستوعب فبالنسبة الى ما قابل الدين فحاله حال المستوعب ، واما الفاضل على الدين فهل يجوز للورثة التصرف فيه ام لا ؟ قيل بعدم الجواز استناداً الى تلك الأخبار السابقة المطلقة الدالة على عدم جواز التصرف من غير فرق بين المستوعب وغيره وقيل بالجواز استناداً الى صحيح البزنطي عن رجل يموت وترك عيالاً وعليه دين أينفق عليه من ماله فقال عليه السلام : (اذا استيقن ان الذي عليه يحيط بجميع المال فلا ينفق عليهم وان لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال) وبهذا المضمون موثق عبد الرحمن بن الحجاج (١) والجمع

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٢٩ من مات وعليه دين مستوعب للتركة .

بحمل الاخبار الدالة على جواز التصرف على ضمان الدين لا وجه له إذ مع الضمان للغرماء ورضاهم به لا يفرق بين المستوعب وغيره كما ان حملها على عزل المتيقن مما قابل الدين وحينئذ يجوز التصرف أيضاً لا وجه له إذ هو خلاف ظاهر الصحيحة فانها في مورد الشك أي عدم الاستيقان دالة على جواز التصرف . ولا يخفى ان هذه الصحيحة قيدت تلك المطلقات أي لا يجوز التصرف مع استيقان الاستيعاب ويجوز التصرف اذا لم يستيقن الاستيعاب ، والظاهر ان هذه الصحيحة أيضاً مقيدة بموثقة زرارة المروية في الوسائل في آخر كتاب الدين الواردة في عبد أذن له سيده في التجارة فاستدان العبد فمات فاختصم الغرماء وورثة الميت في العبد وما في يده قال (ع) : (ليس للورثة سبيل على رقبة العبد وما في يده من المال والمتاع ، إلا ان يضمنوا دين الغرماء جميعاً فيكون العبد وما في يده من المال للورثة فان أبوا كان العبد وما في يده من المال للغرماء يقوم العبد وما في يده من المال ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص فان عجزت قيمة العبد وما في يده عن دين الغرماء رجعوا إلى الورثة مما بقي لهم ان كان ترك شيئاً وان فضل من قيمة العبد وما في يده عن دين الغرماء رُدّ على الورثة) (١) . والظاهر منها عدم جواز التصرف مالم يضمنوا دين الغرماء مطلقاً ولو غير المستوعب وبالجملة اطلاق عدم الجواز قيد بصحيحة البزنطي وموثقة عبد الرحمن وهما قيدا بهذه الموثقة بل لا يبعد تقييد هذه الموثقة بصحيحة ابن سنان (٢) الآتية الدالة على ضم رضاء الغرماء بالضمان . فالمتحصل من مجموع ذلك هو ان جواز تصرف الورثة معلق

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٢٩ من مات وعليه دين .

(٢) الوسائل كتاب الدين باب ٤ براءة ذمة الميت من الدين .

على ضمان الدين مع رضاء الغرماء ومع عدمه لا يجوز من غير فرق بين المستوعب وغيره ولـذا قال بعض الأعاظم قدس الله سرهم انه لا يبعد جواز التصرف حتى في المستغرق مع تعهد الاداء . لكن الأحوط ان يكون برضـا الديان ان أراد من التعهد هو الضمـان فهو المطلوب إذ بذلك تبرأ ذمة الميت فعليـه لا مانع من التصرف وان لم يرد بالتعهد هو الضمان ففيه اشكال ، وكيف كان فلا يستفاد من الاخبار أن تملك الورثة مقيد بضمان دين الغرماء وانه مع عدم الضمان باق على حكم مال الميت بل قد عرفت ان الظاهر من بعض الأخبار ان ما قابل الدين في غير المستوعب وجميعه في المستوعب ينتقـــل الى الورثة بمجرد الموت محقوقاً للغير ، امـا مثل حق الرهانة أو الجناية أو حق أشبه بهما وان كان ظاهر الاصحاب هو الأول وعليـــه لا يجوز التصرف بالأعيان إلا مع رضاء من له الحق مضافاً الى ان الملك صفة وجودية لا يقوم بالمعدوم فلذا لا يملك بعد الموت وبالموت ينقطع ملكيته . وامـا ما دل على انه يقضى الدين من ديته وتنفذ وصاياه من ديته على ما سيجيء لا يستلزم ملكيته بعد الموت وبذلك قال جماعة من المحققين كالعلامة في التحرير وفخر المحققين في الايضاح واستظهر بعضهم انه المشهور والظاهر من التذكرة الاجماع عليه حيث قال فيها : الحق عندنا ان التركة تنتقل الى الوارث وان تعلق حـق الديان لاطلاق الآيات ، ثم ذكر الآيات (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون) (١) وغير ذلك من الآيات واستفاد منها ان الموت سبب لتملك الوارث وبذلك قال الشيخ قدس سره في الجواهر في آخر كتاب الحجر قال : لا ريب أن الأقوى القول الثاني الى أن قال : من عدم دلالة الآية والرواية على البقـاء

(١) سورة النساء آية ٧ .

على حكم مال الميت لم يكن معارضاً لما دل على ان جميع تركه الميت لوارثه بموته ، من العمومات وغيرها كقوله (ع) ما تركه الميت لورثته ووجوب الوفاء غير قادح انتهى . بل قد عرفت عدم صلاحية قوله تعالى : من بعد وصية أو دين لتقييد المطلقات وان ادعاه بعض مشايخنا في قضائه بدعوى ان الظاهر من البعدية الرتبية وانه راجع الى مقام الانتقال لا الى تسهيم السهام أو استقرار الملك ، وادعى ان للميت ذمة وان انكره العقلاء وجعل دين الميت من قبيل الكلي في المعين ولذا جعل اختيار الوفاء بيد الوارث والتلف من الورثة الى ان يبقى مقدار من المال بمقدار الدين فيتعين ذلك للغرماء كما هو قضية الكلي في المعين ولكن لا يخفى ان الظاهر من الآيات والأخبار الواردة في الميراث هو انه بالموت ينتقل الى الورثة وليس للمقيد ظهور فيما ادعاه الاستاذ . ومما ذكرنا من ظهور الأخبار والآيات في ذلك يرتفع اجمال المقيد فيتعين ارجاع البعدية الى استقرار الملك أو تسهيم السهام لا كما قيل ان العقلاء يعتبرون الميت من الجمادات فكيف يكون له ذمة بل يرون أن المال بالموت ينتقل الى الوارث فان ذلك محل نظر لامكان دعوى ان له ذمة ويستفاد ذلك من قوله (ع) إذا رضي الغرماء فقد برأت ذمة الميت إلا ان ذلك لا يصحح دعوى بقاء الملك بذمة الميت لما عرفت ان الملكية صفة وجودية لا يتصف بها المعدوم ، فمعنى وجود الذمة له هو وجوب وفاء دين الميت على الورثة ومطالبة الديان للورثة بالدين وصحة ضمان الورثة الدين للديان وذلك لا يوجب ملكية الميت كما هو واضح .

وبالجملة الظهور الموجود في الآيات والأخبار يوجب حمل البعدية على عدم جواز التصرف ولا يخفى ان التصرف الممنوع منه على ما اخترناه من الانتقال الى الورثة محقوقا للغير ان كان تصرفاً اتلافياً فلا اشكال

انه لا يجوز لأنه بذلك يوجب ضياع الحق وينتفي بانتفاء الموضوع . واما التصرف بالنقل فبناءاً على كون تعلق الحق بملك الوارث مثل حق الرهانة فهو غير جائز قطعاً لأنه بالنقل بالسبب الناقل يوجب انتفاء الموضوع ، واما بناءاً على كون تعلق الحق نظير حق الجناية القائم بالعبد الجاني فلا مانع من التصرف بالنقل لعدم منافاته لذلك الحق إذ لا ينتفي الحق مع انتقال العبد من مالكه الأصلي ، وظاهر الأصحاب على الأول فعليه لا يجوز التصرف بالاتلاف أو بالنقل وان كان استفادة ذلك من الأدلة محل منع ، نعم استفادة عدم جواز التصرف بالاتلاف من صحيحة البزنطي المتقدمة وموثق عبد الرحمن (١) ظاهر. واما التصرف بالنقل فلم يظهر منهما ولا من غيرهما عـــدم الجواز. هذا اذا لم يكن التصرف الناقل مقدمة للوفاء . اما اذا كان مقدمة للوفاء فيصح البيع لأن التصرف المذكور مما يقتضيه الدين فلا مانع منه ، ومثله مالو باع الراهن (العين) بقصد وفاء الدين الذي جعل عليه الرهن كما انه مع رضا الديان بالضمان فيجوز التصرف لبراءة ذمة الميت كما في صحيح ابن سنان في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضـامن للغرماء فقال (ع) اذا رضي الغرماء فقد برئت ذمة الميت ، واما نفس الضمان بدون رضا الغرماء فمحل اشكال إذ بالضمان من دون رضا الغرماء لا تبرأ ذمة الميت وقد جوز بعض من تأخر بأنه مع البناء على اخراج الدين يجوز للورثة التصرف فقـــد عرفت انه لا وجـه له كما انه لا يفرق بين كون التركة واسعة وغيرها إذ لم يظهر من الصحيحة ولا غيرها التفصيل بين كونها واسعة أو غير واسعة . وكيف كان فلا يجوز

(١) الوسائل كتـاب الوصايا بـاب ٢٩ من مات وعليه دين مستوعب للتركة .

التصرف بما وصل الى الورثة حقوقاً للغير تصرفاً اتلافياً بل ولا بالنقل مالم يضمن الدين مع رضا الديان أو يؤدي أو التصرف لوفاء الدين فيكون مال الورثة محجوراً عليه وممنوعاً من التصرف فيه ، ومع الشك في ذلك لا يجوز التصرف لما عرفت ان الجواز معلق على الضمان مع رضا الديان أو التصرف للوفاء فما لم يحرز المعلق عليه لا يجوز التصرف . فما نشاهدة من استمرار السيرة على التصرف من دون مراجعة الغرماء أو من له الحق هو اما ان يكون التصرف لأجل وفاء الدين أو احراز اذن الغرماء ولو بالفحوى ويظهر من ذلك ان دعوى انتقال المال الى الغرماء عند موت المدين ضعيفة جداً لما عرفت من الآيات والأخبار ان المال ينتقل إلى الوارث بمجرد موت المورث ، ولذا يجوز للوارث أداء الدين من غير المتروكات ويتفرع على ذلك مالو كان أحد الأعيان الزكوية ممن عليه دين مستوعب ومات قبل حلول وقت الوجوب فان قلنا انه باق على حكم مال الميت فلا يجب اخراج الزكاة لأنه على هذا التقدير لا يتعلق به الخطاب لعدم كونه قابلا لتعلق الخطاب وان قلنا ينتقل الى الورثة يتوجه الخطاب اليهم فيجب اخراج الزكاة على الورثة ، كما انه لو قلنا بانتقاله إلى الغرماء فيجب عليهم اخراج الزكاة كما انه تظهر الثمرة بين الأقوال في النماء أيضاً هذا كله بالنسبة إلى ديون الناس .

واما الحقوق الشرعية كالزكاة والخمس وغير ذلك من الواجبات المالية المحضة فالاجماع منقولا بل يمكن كونه محصلا يلحقه بديون الناس مضافاً إلى الموثقة السابقة في رجل فرط في اخراج زكاته الى ان قال قال ابو عبد الله (ع) : جائز يخرج ذلك من جميع المال انما هو بمنزلة الدين لو كان عليه ليس على الورثة شيء حتى يؤدوا ما أوصى

به من الزكاة (١) . وذلك انه عليه السلام أطلق على الزكاة بمنزلة الدين فيندرج تحت قوله تعالى : « بعد وصية يوصي بها أو دين » وعليه ان الزكاة وأمثالها من الحقوق الشرعية إذ لا خصوصية للزكاة كما يستفاد من الموثقة تخرج من الأصل لأنها من الديون المقدم اخراجها على الميراث أوصى بها أو لم يوص إلا إذا أوصى بها وعين اخراجها من الثلث تعين (٢) .

واما الواجبات البدنية كالحج الذي هو واجب مالي بدني كالديون للاجماع منقولا بل كاد ان يكون محصلا مضافاً الى ذيل الموثقة السابقة قيل له « فان كان ما أوصى به حجة الاسلام قال جائز يحج عنه من جميع المال » المصرحة بخروج الحج من أصل المال بل يستفاد من صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال تقضى عن الرجل حجة الاسلام من جميع ماله (٣) ومن موثق سماعة سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل يموت ولم يحج حجة الاسلام ولم يوص بها وهو موسر فقال يحج عنه من صلب ماله (٤) . ومن غيرها أن حجة الاسلام تخرج من الأصل ولو لم يوص به مع العلم باشتغال ذمته والأقوى كفاية الميقاتية لا خصوص

(١) الوسائل كتاب الزكاة باب من كان عليه زكاة فأوصى بها وجب اخراجها من الأصل .

(٢) وبه قالت الشافعية والحنابلة خلافاً للحنفية والمالكية فقالا انه مع الوصية بها تخرج من الثلث لا من الأصل ومع عدمها تسقط بموته كما عن المغني والبداية والنهاية .

(٣) الوسائل كتاب الحج باب من مات ولم يحج حجة الاسلام، وكان مستطيعاً وجب ان يقضى عنه من اصل المال وان لم يوص .

(٤) نفس المصدر .

البلدية لرواية حريز سألت أبا عبد الله (ع) : عن رجل اعطى رجلا حجة يحج عنه من الكوفة فحج عنه من البصرة قال (ع) : لا بأس إذا قضى جميع المناسك فقد تم حجه (١) ضرورة انه لو كان الطريق معتبراً لم ينف عنه البأس إلى غير ذلك من الأخبار الدالة على ذلك ولو أوصى بها أي البلدية يخرج ما زاد على الميقات من الثلث إذ الواجب اتيان الحج من الميقات وطي المسافة وغيره من المقدمات فتخرج من الثلث إلا إذا أوصى بمال معين يكفي للبلدية فتجب لا لأن البلدية هي الواجب بل لأنه وصية بالمال فمع وفاء الثلث به يخرج المال كله وإلا توقف على اجازة الورثة ، واما لو لم يف الثلث بالبلدية مع الوصية بها ولم تجز الورثة الزائد فتبطل بالنسبة الى الزائد فمع كفايته من الميقات يجب منه ، ومع عدم الكفاية فيجب التصدق لرواية ابن أبي عمير عن زيد النرسي عن علي بن مزيد صاحب السابري قال أوصى إلي رجل بتركته وأمرني أن أحج بها عنه فنظرت في ذلك فاذا هو شيء يسير لا يكفي للحج الى ان قال فسألت أبا عبد الله (ع) : فقال ما صنعت بها قلت تصدقت بها فقال (ع) : ضمنت أو لا يكون يبلغ ما يحج به من مكة فان كان لا يبلغ ما يحج به من مكة فليس عليك ضمان (٢) واما لو كان على الميت الحج ولم تكن تركته وافية للحج من الميقات ولم يكن عليه دين فهو للورثة لعدم المانع من الميراث ولا يجب التصدق به لعدم شمول الخبر المتقدم له كما استظهر ذلك بعض المتأخرين فان المستفاد من الخبر انه في مورد الوصية بالمال المعين . ان الذي يظهر من الأخبار

(١) الوسائل كتاب الحج باب ١٠ من اعطى مالا يحج به من بلد فحج به من آخر اجزأ من ابواب النيابة .

(٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ٨٦ من أوصى بمال فلم يبلغ ان يحج به من مكة .

ان الوصية بالمال ان وفى يجب ان يحج من المكان الذي يسعه المال لموثق عبدالله بن بكير عن ابي عبدالله (ع) انه سئل عن رجل اوصى بماله في الحج فكان لا يبلغ ما يحج به من بلاده قال فيعطى بالموضع الذي يحج به عنه (١) » وخبر محمد بن عبدالله قال سألت أبا الحسن الرضا (ع) عن الرجل يموت فيوصي بالحج من اين يحج عنه ؟ قال على قدر ماله ان وسعه فمن منزله وان لم يسعه ماله فمن الكوفة وان لم يسعه من الكوفة فمن المدينة (٢) يدلان على وجوب الحج من المكان الذي يفي به المال الا انه يعارض ذلك بما ورد عن زكريا ابن آدم قال سألت ابا الحسن (ع) عن رجل مات واوصى بحجة ايجوز ان يحج عنه من غير البلد الذي مات فيه ؟ فقال اما ما كان دون الميقات فلا بأس (٣) ولكن لا يخفى ان اطلاق خبر زكريا بن آدم يقيد بما إذا كانت الوصية بالحج بمقدار من المال فيجب الحج من المكان الذي يفي به المال وإلا فيجب الحج من الميقات ، والشاهد على ذلك خبري ابي سعيد عن ابي عبدالله(ع) عن رجل اوصى بعشرين درهماً في حجة قال يحج بها عنه رجل من موضع بلغه (٤) وابي بصير عمن سأله قال قلت له رجل يوصي بعشرين ديناراً في حجة فقال يحج له رجل من حيث

(١) الوسائل . كتاب الحج باب (٢) ان من اوصى بحجة الاسلام بعد استقرارها .

(٢) نفس المصدر .

(٣) نفس المصدر .

(٤) الوسائل كتاب الحج باب (٢) ان من اوصى بحجة الاسلام بعد استقرارها من ابواب النيابة .

يبلغه (١) فانهما كما ترى يدلان على ان في خصوص الوصية بالمال يجب الحج من الموضع الذي يفي به المال . ودعوى ان ذلك يدل على وجوب الحج البلدي مع وفاء المال والا فمن الاقرب فالاقرب لعدم الفرق بين كون الوصية بالمال المعين وعدمه وخصوص كون الوصية بالمال لا يعارض الاخبار المطلقة لكونهما مثبتين ولا تنافي بينهما ممنوعة ، إذ التعدي من مورد الوصية الى غيرها لا يتحقق الا بتنقيح المناط القطعي وهو ممنوع مع الاحتمال ان للمورد خصوصية ، كما ان دعوى انصراف اخبار الوصية بالمال الى البلدي كما في المدارك ممنوعة إذ لا فرق بين قول الموصي يحج عني او قول الشارع حجوا عنه ، فعليه الاقوى وجوب اخراج ثمن الحجة الميقاتية من اصل المال ان كانت واجبة عليه ولا تجب البلدية كما هو مقتضى القاعدة الاولية من عدم اشتغال ذمة الميت بثمن الطريق لخروجه عن مناسك الحج ولا تجب البلدية حتى لو اوصى بمال زائد على ثمن الميقاتية بنحو يفي الحج من البلد فيخرج ما اوصى به من المال ويحج عنه مطلقاً من الميقات او من البلد وان كان الاحوط ان يحج من بلد الذي مات فيه المنوب عنه ان وسع المال . هذا كله في الوصية بمال يصرف بالحج ، واما إذا كانت الوصية بالحج فان علم بكونه واجباً اخرج من اصل التركه وان كان بعنوان الوصية ودعوى كونه كذلك يقتضي الخروج من الثلث ممنوعة فان وجوب الاخراج إذا كان بعنوان الوصية يخرج من الثلث ، واما الحج فوجوب اخراجه على كل حال وصى او لم يوص ولذا لم يكن الحج في عرض غيره من الوصايا فانه لا يزاحمها فلو لم يسع الثلث لاتيان الحج وباقي

(١) الوسائل كتاب الحج باب (٢) ان من اوصى بحجة الاسلام بعد استقرارها من ابواب النيابة .

الوصايا لا ينبغي القول في التوزيع لو لم يكن فيه الاهم ، ومثل الحج الدين فانه يخرج من اصل المال وسره ان المراد من الثلث هو ثلث ما تركه بعد اخراج الحج والدين لا ثلث التركة لكي تقع المزاحمة بين الحج والدين وباقي الوصايا لكي يلتزم بتوزيع الثلث لو لم يكن اهم في البين . ودعوى ان الوصية بالحج نافذة ولو كانت بأزيد من الثلث من غير حاجة الى اجازة الورثة بالنسبة الى ما زاد على الثلث استناداً الى ظاهر قوله في موثق ابن بكير (في رجل اوصى بماله) هو جميع ماله وظاهر قوله في خبر محمد بن عبدالله : (على قدر ماله) هو جميع ماله ممنوعة ، اذ ذلك يتم بناء على كسر (اللام) في ماله واما لو قرىء بالفتح فيهما فلا يدل على ذلك ، ومع هذا الاحتمال كيف تقيد الاخبار الدالة على انه ليس للمرء إلاثلث ماله وما زاد يحتاج الى امضاء الورثة ، ولو سلمنا ان الظاهر هو قراءة اللام بالكسر الا ان تلك الاخبار صريحة في عدم تنفيذ الوصية على ما زاد على الثلث فهي غير صالحة لتقييدها بمثل هذين الخبرين .

ويلحق بالديون جميع ما تشتغل الذمة به من الاموال كالمال الذي اقترضه والمبيع الذي باعه سلفاً وثمن ما اشتراه نسيئة وعوض المضمونات واروش الجنايات ورد المظالم والكفارات المالية كجملة من كفارات الاحرام وفدية الصيام والنذور المالية لله تعالى وكنذر الصدقة للاجماع على ان الواجبات المالية تخرج من الأصل إذ مناط كونه واجباً مالياً هو اشتغال الذمة بالمال من غير فرق بين الواجبات المالية لكونها حينئذ تكون من الديون فيجب اخراجها من الأصل . واما الكفارات المخيرة بين الاطعام والصيام والنذور العبادية كما لو نذر ان يصوم أو يصلي فهل تلحق بالديون وسائر الحقوق الشرعية المالية كالزكاة والخمس فتخرج

من الاصل أم لا ، بل تخرج من الثلث مع الوصية الظاهر خروجها من الثلث لأن الذمة لم تشتغل بالمال لكي تلحق بالديون .

واما الحج النذري فهل يلحق بحج الاستطاعة فيخرج من الاصل أم لا ؟ قيل بالحاقه به لما يستفاد من الخبر المتقدم المشتمل على الوصية بالحج إذ لا خصوصية للوصية بالحج مضافا الى كونه واجباً مالياً والاجماع قائم على اخراج كل واجب مالي من الاصل ولكن لا يخفى ما فيه ، اما عن الدليل الذي دل على خروجه من الاصل مخصوص بما أوصى به وحيث يعلم من الخارج ان لا خصوص للوصية لذا التزم الاصحاب بالتعدي الى مطلق حجة الاسلام ولو كانت منذورة بناء على صحة نذر حجة الاسلام إذ النذر لا يزيد على اصل الوجوب لو لم يوجب تأكده ويدل على ذلك النصوص الواردة في صحة اليمين على الواجب كما في « الجواهر » في كتاب النذر ، واما التعدي لمطلق الحج حتى الحج النذري غير حجة الاسلام فمحل نظر وتأمل ،واما الاجماع على اخرج الحج مطلقاً من الاصل كما ادعاه بعض المتأخرين في فصل الوصية بالحج بما لفظه : ولا فرق في الخروج من الاصل بين حجة الاسلام والحج النذري والافسادي لانه باقسامه واجب مالي ، واجماعهم قائم على خروج كل واجب مالي من الاصل . ويؤيد ذلك ما في المدارك فانه قال بالنسبة الى وجوب قضاء الواجب النذري من الحج قال ما لفظه : فمقطوع به في كلام اكثر الاصحاب واستدل عليه انه واجب مالي ثابت في الذمة فيجب قضاؤه من اصل التركة ولكن لا يخفى ما فيه ، اما الاجماع ففير معلوم ثبوته بل قيل باخراجه من الثلث كالشيخ في كتبه الثلاثة والمحقق في النافع ، وحكي ذلك عن الصدوق عملا بصحيحتي ضريس وابن ابي يعفور وان كان للمناقشة فيهما مجال مضافا الى ان

ثبوت القضاء بالنسبة الى النذر محل تأمل بل منع بناءً على كون القضاء بامر جديد على ان كونه من الواجبات المالية ممنوع لأن بذل المال بازائه لا يصيره واجباً مالياً وإلا لكان بقية العبادات البدنية من المالية لبذل المال بازائها كتحصيل الماء وتحصيل الساتر والمكان. واما الحج الافسادي والحج باليمين والعهد فالحاقها بالحج بالاستطاعة محل اشكال ونظر بعد ما عرفت ان الحج عبارة عن المناسك المخصوصة وليس من الواجبات المالية التي قام الاجماع على اخراجها من الاصل بجميع اقسامها. فالذي تحصل مما ذكرناه ان مطلق حجة الاسلام سواء كانت منذورة أو غير منذورة يجب اخراجها من الاصل للدليل الدال على ذلك المخصوص بالوصية، واما غيرها فمحل منع وتأمل ان لم يقم اجماع على خروج مطلق الحج من الاصل. هذا كله فيما لو استقر عليه الحج ويعلم بعدم ادائه حتى الموت. واما لو احتملناه فيستصحب الوجوب فيكون حاله حال ما لو علم بعدم الاداء ولا يحكم بالاداء لقاعدة الصحة إذ هي انما تجري فيما لو تلبس بعمل وشك في صحته وفساده، واما لو وقع الشك في أصل الاتيان فليست قاعدة الصحة تحرز الاتيان. نعم قاعدتا الشك بعد الوقت والتجاوز يثبتان الاتيان إلا انهما لا يجريان في المقام كما حرر في محله. وهكذا الكلام لو علم بوجوب القضاء من الصلاة والصيام وشك في الاتيان، واما الزكاة والخمس مع العلم بوجوبهما وشك في ادائهما فمع وجود العين الزكوية والعين الذي تعلق بها الخمس فلا اشكال في وجوب خروج زكاتها وخمسها على الورثة، وإما مع تلف العين الزكوية والمتعلقة للزكاة فمع الشك في الاداء من العين الزكوية أو من غيرها في حال وجود العين فحينئذ يشك في اشتغال ذمة الميت فتجري اصالة البراءة من تعلق الزكاة أو الخمس بذمة الميت بل

واستصحاب عدم اشتغال ذمة الميت فلا يجب اخراجهما على الورثة ، واما لو علم بعدم الاداء الى ان تلفت العين الزكوية فحينئذ نعلم باشتغال ذمة الميت بهما فمع شك الميت في حال حياته يجري الاستصحاب في حقه فتشتغل ذمته فيجب على الوارث الوفاء فيكون حاله كما لو علم بعدم الاداء الى حين وفاته ، وهكذا لو شك الوارث باداء الميت بعد اشتغال ذمته فان الوارث يجري الاستصحاب فيجب عليه الوفاء بلا حاجة الى جريان الاستصحاب في حق الميت حينئذ ، كما انه لو لم يعلم بحال الميت من كونه شاكاً أو متيقنا بعدم الأداء فمع علم الوارث بأن مورثه مشغول الذمة وشك الوارث بأن مورثه فرغ ذمته مما عليه من الحق فيجري الوارث الاستصحاب ويجب عليه اخراج ما على مورثه من الحق الشرعي . ودعوى ان تكليف الوارث بالاخراج فرع تكليف الميت وثبوته فرع شك الميت واجراؤه الاستصحاب في غير محله إذ مع شك الوارث يجري الوارث الاستصحاب من دون حاجة الى شك الميت بل مع عدم العلم بشك الميت والوارث وعلم باشتغال ذمة الميت وشك الوارث في الاداء يجب على الوارث الوفاء ويكون حاله حال من علم بنجاسة يده وهو نائم ثم احتمل انه طهرها فيجري استصحاب نجاسة يده من غير فرق بين المقامين فما ذكره السيد (في العروة) من الفرق بينهما في غير محله .

وفي الوصية بالحج في كتاب الحج قال باعتبار شك الوارث والوصي والظاهر انه عدول عما ذكره في كتاب الزكاة الا انه يشكل على الاستصحاب بان جريانه لا يثبت وجوب الموصى به كما لو اوصى باعطاء مقدار خاص من المال للفقراء وكان مقتضى الاستصحاب اشتغال ذمته بذاك المقدار من جهة الزكاة لا يثبت بذلك ان ما اوصى به هو

ذلك الواجب ، وعليه المال الذي ثبت اشتغال الذمة به بالاستصحاب يخرج من الاصل ولا يعلم بثبوت وصية بغير ذلك لكي يخرج من الثلث والاصل عدمه ومقتضى استصحاب شغل الذمة بذلك المقدار يتحقق من غير فرق بين ما اذا اوصى به ام لم يوص فعليه يتعلق حق الديان بمقدار ما اشتغلت به ذمته بالمال وحينئذ يشكل على ذلك الامر في كثير من الموارد لحصول العلم غالباً بان الميت مشغول الذمة بدين او خمس او زكاة او حج ونحو ذلك . قال السيد في العروة الا ان يدفع بالحمل على الصحة ، فان ظاهر حال المسلم الاتيان بما وجب عليه ، ولكن لا يخفى ان جريانها موقوف على صدور العمل في الخارج واحرازه وهو على الفرض في المقام مشكوك فيه ، واما استدلاله بظاهر حال المسلم عدم مخالفة التكليف فمحل نظر لمنع هذا الظهور في اكثر المسلمين على انه لا يكون هذا الظهور حجة ما لم يحصل منه الاطمئنان . وبالجملة مع وجود العين والعلم بتعلق الزكاة والخمس بها مع الشك بأدائها يجب اخراج الحق الشرعي منها على الورثة ومع تلف العين المتعلقة للزكاة والخمس فان احتمل ان مورثه في حال وجود العين أدى الزكاة منها أو من غيرها فلا يجب على الورثة اخراج الزكاة والخمس للشك في اشتغال ذمة مورثه لجريان اصالة البراءة أو استصحاب عدم اشتغال الذمة بهما واستصحاب عدم اداء الميت لا يثبت اشتغال ذمته إذ من الممكن ان يكون تلف العين المتعلقة للحق لا على وجه الضمان ، واما لو علم ان تلف العين المتعلقة للحق أوجب اشتغال ذمة الميت في حال حياته ، بان تلفت على وجه الضمان وشك الوارث بادائه فمن الواضح جريان الاستصحاب في حق الوارث ولا يلتفت الى ان الميت كان شاكا أم متيقناً بعدم الاداء بل لو لم يعلم بحاله يجري الوارث الاستصحاب . اللهم

إلا أن يقال ان التعليل الوارد في الروايات الدالة على أن الدعوى على الميت اثباتها يحتاج الى بينة ويمين وهو قوله (ع) : « لانا لا ندري لعله قد وفاه » (١) . فالمستفاد منه عدم جريان الاستصحاب وإلا لما احتاج الى اليمين فان البينة المثبتة لاشتغال ذمة الميت وعدم الوفاء يثبت بالاستصحاب فلا حاجة الى اليمين ، فالشارع الغى الاستصحاب باليمين ولكن لا يخفى ان عموم هذا التعليل لم يلتزم به الاصحاب في باب المرافعات والدعاوي كمثل الدعوى على الميت انه اوصى له بمال أو الدعوى ان الميت أوصى باشتغال ذمته بخمس أو زكاة أو مظالم أو نحو ذلك من الحقوق الشرعية ، أو الدعوى عليه بنكاح مستتبع للمال من طرف الارث أو الطلاق أو الرجوع ، أو دعوى النسب المستتبع للارث الى غير ذلك من الاسباب التي توجب اشتغال ذمة الميت بالمال فانه يشكل الاعتماد على عموم التعليل فان الاصحاب لا يلتزمون باعتبار الحلف في هذه الدعاوى وغيرها بل قد يقال بعدم الالتزام بالتعليل فيما لو علم الوارث للميت بالدين واحتمل الاداء فقد قيل بجريان الاستصحاب من دون حاجة الى الحلف اقتصاراً على المتيقن من مورد التعليل وهو ما لو ثبت على الميت دين بالبينة واحتمل الوفاء فيحتاج الى يمين دفعاً لهذا الاحتمال ، ومن هنا نجد السيد في ملحقات العروة قد تردد في ذلك فانه قال في المسألة الثانية عشر اذا علم وارث الميت بالدين الى ان قال : واما اذا لم يعلم بقاؤه فهل هو كذلك باجراء الاستصحاب أم لا ، إلا بالحلف عند الحاكم وجهان . وبالجملة عموم التعليل لا يلتزم به بالنسبة الى المرافعات فكيف لتسريته لغير المرافعات

---

(١) الوسائل كتاب القضاء باب ٤ ثبوت الحق على المنكر اذا لم يحلف من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعاوي .

كما في المقام فلا تغفل .

واما الواجبات البدنية ما عدا الحج كالصلاة والصيام فهل يلحق بالواجبات المالية فتعد من الديون وتخرج من الأصل أم لا ؟ قولان: قيل بالأول وعليه جماعة ووافقهم على ذلك بعض من تأخر (كالسيد قدس سره في العروة) استنادا الى قضية الخثعمية لما سألت رسول الله صلى الله عليه وآله قالت له ان ابي ادركته فريضة الحج شيخاً زمناً لا يستطيع ان يحج ان حججت عنه ينفعه ذلك ؟ قال (ص) لها : « أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته ينفعه ذلك ؟ قالت نعم قال صلى الله عليه وآله : فدين الله أحق بالقضاء » (١) ورواية حماد عن ابي عبدالله (ع) في اخباره عن لقمان : « وإذا جاء وقت الصلاة فلا تؤخر في شيء صلها واسترح منها فانها دين » (٢) فيستفاد من ذلك ان العبادة البدنية من الديون لاطلاقه عليها لفظ الدين ، والمستفاد من الأحقية انها أولى من الدين ومقتضى ذلك انها تخرج من الأصل كما يخرج الدين منه ولكن لا يخفى ما فيه فان تنزيلها منزلة الدين ليس لاجل ان تخرج من الأصل بل التنزيل ناظر الى وجوب الأداء فهي بمنزلة الدين في وجوب الأداء على ان الرواية ليست في مقام الاخراج من الأصل لكي يكون التنزيل بذلك الاعتبار مضافا الى ان اطلاق الدين على العبادات ليس بنحو الحقيقة وانما هو بنحو الادعاء بخلاف

---

(١) الخلاف كتاب الحج ص ١٥٦ الطبعة الأولى وفي المستدرك ج ٢ ص ٥ باب ١٨ من ابواب وجوب الحج وفي كنز العمال ص ٢٤ وص ٢٧ من ج ٣ .

(٢) الوسائل باب ١٢ استحباب التطوع بالصلاة والصوم والحج وجميع العبادات عن الميت ووجوب قضاء الولي من ابواب قضاء الصلوات

اطلاق الدين على الواجبات المالية فان اطلاقه عليها اطلاق حقيقي فلذا يتعلق بالذمة في حال الحياة وبعد الوفاة حيث لا ذمة للميت فينتقل الى نفس أعيان الأموال وتستخرج تلك المالية من نفس أعيان الأموال كما هو كذلك في ديون الميت ، وفي البدنية كالصلاة والصيام فالذمة انما تشتغل بنفس الافعال والافعال لما لم تكن من الاموال فبعد الموت لا معنى لتعلقها بالأعيان الخارجية المتروكة لعدم السنخية بينها وبين الأعيان فلا يكون تنزيلها منزلة الدين في الخروج من الاعيان لكي تكون مثله في الخروج من الاصل فلابد من أن يراد انها مثل الدين في المطلوبية مع ان الرواية ضعيفة السند فخروج العبادات أي الواجبات البدنية ما عدا الحج من الثلث هو الأقوى .

واما الحج فان كان واجبا فقد عرفت انه يخرج من اصل المال واما ان كان ندبا فيخرج من الثلث على المشهور بين الاصحاب بل عن جماعة الاجماع عليه ، ولصحيحة معاوية ابن عمار في رجل مات واوصى بان يحج عنه فقال ان كان صرورة يحج عنه من وسط المال وان كان غير صرورة فمن الثلث (١) ، وعن سماعة سألته عن رجل اوصى عند موته ان يحج عنه فقال ان كان قد حج فليوخذ من ثلثه وان لم يكن قد حج فمن صلب ماله لا يجوز غيره (٢) وصحيح احمد بن محمد قال كتب احمد ابن اسحاق الى ابي الحسن ان درة بنت مقاتل توفيت الى ان قال فكتب عليه السلام بخطه ليس يجب لها في تركتها الا الثلث وان تفضلتم وكنتم الورثة كان جائزا لكم ان شاء الله (٣) الى

(١) الوسائل كتاب الوصايا ج ٢ باب ٤١ .
(٢) نفس المصدر .
(٣) الوسائل كتاب الوصايا ج ٢ باب ١١ .

غير ذلك من الاخبار وقد عقد في الوسائل بمضمون الحديث بابا واسعا في كتاب الوصية. وان لم يعلم ان ما اوصى به احد الامرين فهل يخرج من الاصل او من الثلث، الذي يظهر من سيد الرياض قدس سره هو الأول استنادا الى قوله (ع) : الرجل احق بماله ما دام فيه الروح ان اوصى به كله فهو جائز (١) بتقريب ان ما علم بكونه احدهما يخرج من الثلث فيبقى المشكوك داخلا تحت العموم، ولكن لا يخفى ان عمومات الوصية قد خصصت بما دل على ان الوصية بازيد من الثلث لا تنفذ الا باجازة الورثة على انه مع الشك يكون من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية مضافا الى عدم عمل الاصحاب بذلك. ودعوى ان المراد بماله هو الثلث في غير محله اذ هو خلاف الظاهر، كما ان جعل المقام من التعليق على امر وجودي لكي يحكم بعدمه حتى يثبت الأمر الوجودي محل نظر لعدم الحاجة الى ذلك اذ الشك في المقام هو في تحقق ما يوجب اشتغال ذمة الميت فيجري استصحاب العدم فلا يجب على الوارث اخراجه من الاصل فيجوز للوارث التصرف فيما زاد على الثلث لانه من آثار عدم وجوب ما لو كان واجباً لزم اخراجه من الاصل. وعليه لا يقع الشك في صحة تصرفات الوارث فيما زاد على الثلث بل يمكن ان يقال انه لا يثبت بذلك الندبية لكي يخرج من الثلث إلا على القول بحجية الاصل المثبت اذ الندبية من اللوازم العقلية لاصالة عدم الوجوب وقد ذكر في محله عدم حجية الاصل المثبت ولكن الانصاف انه لا يحتاج في اخراج ما اوصى به من الثلث الى احراز عنوان الندبية اذ يكفي في خروج ما اوصى به من الثلث عدم وجوبه والاستصحاب حاكم بذلك نعم لو كان له حالة سابقة بوجوب الحج على الميت ولم يعلم انه اتى به ام لا

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ١١ ان من اوصى باكثر من الثلث

الظاهر ان مقتضى الاستصحاب الوجوب اخراجه من الاصل .

بقي الكلام فيما لو اختلف تقليد الميت مع الوارث أو الوصي فهل العبرة بتقليد الميت أم لا ؟ الظاهر العبرة بتقليد الوارث أوالوصي لما هو معلوم من ان التقليد ليس له موضوعية وانما هو لأجل العمل فلو فرضنا ان الميت مقلد لمن يقول بكفاية الحج الميقاتي ، والوارث أو الوصي مقلد لمن لا يقول بكفايته بل لابد من الحج البلدي فعليه يرى بمقتضى تقليدهما انه لا تبرأ ذمة الميت لو اتى به من الميقات فيجب على الوارث أو الوصي العمل على مقتضى تقليده ، ومع اختلاف الورثة يعمل كل على تقليده لأنه كل له حجة . فعليه يجب العمل على مقتضاها نعم لو وقع النزاع بين الورثة يرجع الى الحاكم الشرعي كما لواختلف تقليد الولد الأكبر مع الورثة في الحبوة ، واما لو اختلف تقليد الوارث مع الميت في أصل الوجوب مثلا كان الميت مقلداً لمن يقول بعدم اشتراط الرجوع الى كفاية فكان يجب الحج عليه والوارث مقلد لمن يشترط ذلك فعليه لا يجب الحج على الميت أو بالعكس فذكر بعض من تأخر ان المدار على تقليد الميت ولكن لا يخفى ما فيه ، فان التقليد لما كان طريقاً لأداء الوظيفة الفعلية وليس له موضوعية فالعبرة على تقليد الوصي أو الوارث من غير فرق بين الاختلاف في أصل الوجوب أو انحاء الوجوب ، الا ان ذلك فيما اذا لم يقيد اطلاق الوصية ان يكون بنظر شخص خاص ، واما لو قيد فيجب العمل على نظره وان كان الاحوط مراعاة كلا التقليدين خصوصاً فيما لو اوصى باتيان فوائته . هذا كله في الدين المستغرق وغيره . ومثل الدين « الوصية » فانه قد وقع الكلام فيها انها تبقى على حكم مال الميت كما عليه الاكثر أو لا تبقى على حكم مال الميت فنقول : ان الوصية بالنسبة الى التمليكية لا اشكال

في انتقالها الى ما أوصى اليه سواء كان شخصيـــاً أو للنوع كالفقراء والسادات، واما بالنسبة الى الجهات التي تصرف اليها الداخلة في الوصية العهدية فهي مصارف لتلك الجهة وليست باقية على حكم مال الميت لما عرفت انه لا ذمة له. وعلى كل فالوصية تخرج عن عنوان موضوع الارث الذي هو عنوان ما ترك، ويظهر ذلك من الأخبار ففي خبر محمد بن قيس قال أمير المؤمنين (ع) : ان الدين قبل الوصية ثم الوصية على إثر الدين ثم الميراث بعد الوصية (١)، وخبر السكوني(٢) « أول شيء يبدأ به من المال الكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث » الى غير ذلك من الأخبار الدالة على تقدم الوصية على الميراث. بل يظهر من قوله تعالى : « واولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين إلا ان تفعلوا الى اوليائكم معروفا (٣) » بناء على ان المراد من المعروف هو الوصية فيكون مفاد هذه الآية هو ان المال ينتقل للاقرب من الارحام إلا ان توصوا، فحينئذ لا ينتقل مـــا اوصى به الى الوارث على نحو الاجمال وتفصيل ذلك من الاخبار وعلى كل يستفاد من الأدلة انجواز التصرف معلق على تنفيذ الوصية كما كان معلقاً على اداء الدين كما هو ظاهر قوله تعالى : « من بعد وصية يوصي بها أو دين » واما كون المال بقاءه في الوصية والدين على حكم مال الميت فقد عرفت ان استفادته من الاخبار محل نظر وان قيل به لظاهر قوله عليه السلام في مصححة عباد بن صهيب المتقـــدمة لو كان عليه ليس للورثة شيء حتى يؤدوا

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٢٨ انه يجب الابتداء من التركة بعد الكفن بالدين ثم الوصية ثم الميراث .

(٢) نفس المصدر .

(٣) الاحزاب آية ٦ .

بتقريب ان ظاهر نفي الشيء هو نفي ملكية الورثة لا نفي التصرف إلا انك قد عرفت ان الاخبار لا يستفاد منها ذلك وانما يستفاد عدم جواز تصرف الورثة الا بعد اداء الدين . وبالجملة تقدم الوصية على الميراث مما لا اشكال فيه . ومن هنا قدمنا البحث في الوصية على الميراث فانه بالوصية يخرج عن موضوع الميراث الذي هو عنوان ما ترك وانما تتحقق ملكية الوارث لما هو مملوك لمورثه الى حين الموت فبالموت تنقطع ملكية الشخص إلا ما قام الدليل على ترتب آثار الملكية عليه بالخصوص كالدية في الخطأ وكذا العمد اذا صالح عليه أولياء الميت ، وكذا اذا نصب شبكة في حياته فوقع فيها صيد بعد وفاته فان هذه الامور تنضم الى التركة وتخرج ديون الميت ويصح بها الايصاء ويخرج الثلث منها اما في الأخير فلتقدم السبب فيها حال الحياة مثل الشبكة المنصوبة للاصطياد في حال الحياة ، واما في الدية على المشهور بين الاصحاب بل كاد ان يكون اجماعا هو جعلها مثل المتروك مضافا الى بعض الروايات الدالة على اخراج الدين من الدية كرواية عبد الحميد عن ابي الحسن الرضا عليه السلام عن رجل قتل وعليه دين وأخذ أهله الدية من قاتله عليهم ان يقضوا الدين قال (ع) : نعم ، قلت وهو لم يترك شيئاً قال اما اذا اخذوا الدية فعليهم ان يقضوا الدين (١) ، وبهذا المضمون خبر يحيى الأزرق عن ابي الحسن (ع) الى ان قال انما أخذوا الدية فعليهم ان يقضوا دينه (٢) ، ويتم بالنسبة الى وصاياه لعدم القول بالفرق بين الدين والوصايا كما ان أخبارا دالة على استخراج الوصايا من ديته مع الخطأ كرواية محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام : قال

(١) الوسائل كتاب الدين باب وجوب قضاء دين القتيل من ديته

(٢) نفس المصدر باب ٢٤ من كتاب الدين من الوسائل .

قضى أميرالمؤمنين (ع) في رجل أوصى لرجل في وصية الى ان قال ثم قتل بعد ذلك الموصي فودي فقضى (ع) في وصيته انها تنفذ في ماله ومن ديته كما أوصى (١) . وفي روايته الاخرى عن ابي جعفر(ع) الى ان قال تجاز لهذه الوصية من ماله ومن ديته (٢) .

وعليه يخرج الثلث مما ملكه بعد الوفاة بل وبعد قسمة التركة التي كانت في حال الحياة فلا يعتبر في تقدير الثلث وقت الوفاة كما يقول الشافعية او عند قسمة التركة كما تقوله الحنفية وبعض المالكية والحنابلة . واما القتل عمداً ففي خبر ابي بصير عن ابي الحسن موسى ابن جعفر (ع) قال فان هو قتل عمداً وصالح أولياءه قاتله على الدية فعلى من الدين على اوليائه من الدية أو على امام المسلمين ؟ فقال بل يؤدوا دينه من ديته التي صالحوا عليها أولياءه فانه أحق بديته من غيره (٣) مضافا الى ان الدية بدل النفس المضمونة على من أتلفها . هذا كله إذا صالح عليها أولياءه ، واما مع عدم المصالحة ومات القاتل بعد هربه تكون الدية من ماله ان كان له مال وإلا فمن الأقرب فالأقرب ، ومع عدم القرابة أداه الامام للاجماع بقسميه وللروايات الكثيرة قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل قتل رجلا متعمداً ثم هرب القاتل فلم يقدر عليه

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٤ من اوصى بثلث ماله ثم قتل دخل ثلث ديته ايضاً .

(٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٤ من اوصى بثلث ماله ثم قتل دخل ثلث ديته ايضاً .

(٣) الوسائل كتاب القصاص باب ٥٢ حكم من قتل وعليه دين وليس له مال الا ان الرواية عن عين ابن حمزة وهكــذا في الفقيه والتهذيب وفي الوافي بطريقه عن علي ابن حمزة عن ابي بصير .

قال : ان كان له مال اخذت الدية من ماله وإلا فمن الأقرب فالأقرب فان لم يكن له قرابة اداه الامام فانه لا يطل دم امرىء مسلم (١) . الى غير ذلك من الأخبار . واما لو لم يهرب القاتل بل وقع عند أولياء المقتول فخلصوه جماعة فمات بعد ذلك فالدية على من خلصه لصحيح حريز عن الصادق (ع) عن رجل قتل رجلا عمداً فرفع الى الوالي فدفعه الى أولياء المقتول فوثب عليه قوم فخلصوه من أيديهم فقال : أرى ان يحبس الذين خلصوا القاتل من أيدي الأوليـــاء حتى يأتوا بالقاتل ، قيل فان مات القاتل وهم في سجن ؟ قال فان مات فعليهم الدية (٢) . واما اذا لم يهرب وسلم نفسه ولم يكن من قبله تقصير بل تسامح أولياء المقتول من ان يقتصوا أو يحذروا من قتله فلو مـات والحال هذه سقط القصاص قطعاً ، واما الدية فالظاهر سقوطهـا وفاقاً للمشهور ، ولا عموم التعليل أي قوله لا يطل دم امرىء مسلم مضافـا الى ان الدية لا تجب إلا صلحاً والاصل عدم وجوبها ، وقياسه على الهارب قياس مع الفارق مضافا الى انه قبل موته ليس إلا القصاص وقد انتفى فثبوت الدية يحتاج الى دليل فاذاً الاقوى انه لا دية عليه .

(١) الوسائل كتاب الديات باب حكم القاتل عمداً اذا هرب .

(٢) الوسائل كتاب القصاص باب حكم من خلص القاتل من يد الوالي .

التخلية

ثم انك قد عرفت ان موضوع الارث هو عنوان ما ترك الميت وذلك فيما إذا كان مالكا له في حياته ملكا شرعياً فما ليس كذلك لايدخل تحت ذلك العنوان كما شاع في الوقت الحاضر بالسرقفلية (١) والعرف يرونها من الأموال ومن الاملاك العائده للشخص وذلك غير صحيح شرعاً إذ لا مجال لتصحيح اخذ المستأجر القديم مقدارا من المال من المستأجر الجديد يتنازل عن إشغال المحل لعدم ثبوت حق للقديم في المحل لكي يقابل به المال ودعوى كون ذلك من الشرط الضمني بتقريب انه قد جرت العادة في هذا العصر على أن من استأجر محلاً من مالك لا يخرجه الا برضاه المستأجر ولا يتخلف المالك من عقد الايجار معه بعد انتهاء مدة الايجار فيكون حقاً من حقوق المستأجر قابلاً لنقله الى الغير بصلح ونحوه لصيرورته بذلك مالاً عرفاً فيدخل تحت عنوان ما ترك فلذا يورثونه ممنوعة إذ ذلك لا يوجب اثبات حق للمستأجر بنحو يصلح تنازله للغير وإن كان بحسب العادة ان المالك يلاحظ الا سبقه ولا يتصدى لاخراجه ما دام لا يخالف شروط

---

(١) وهي كلمة فارسية معربها التخلية وهي عبارة عن تنازل المستأجر الأول عما تحت يده من ايجار المحل الذي يشغله للآخر بمقدار من المال يتفق عليه الطرفان .

الاراضى الخراجية

كما انه يستفاد من الآيات والأخبار إن ما كان للميت من مال فهو لوارثه بنحو الملكية المطلقة فيخرج من ذلك الاراضي الخراجية (١) لعدم ملكيتها أصلاً وإنما آثارها مملوكة للاجماع بقسميه وللاخبارالدالة على عدم جواز شراء أرض الخراج كصحيحة الحلبي عن السواد ما منزلته ؟ فقال : هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في الاسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد . فقلنا الشراء من الدهاقين ؟ قال : لا يصلح إلا ان يشتري منهم على ان يجعلها للمسلمين فان شاء ولي

(١) ولا بأس بذكر الاراضي (١) الخراجية على سبيل الاجمال فنقول ان المسلم من كون الارض خراجية هي سواد العراق وانها فتحت عنوة في زمان الخليفة الثاني تحت قيادة سعد بن ابي وقاص وبعد فتحها بعث الخليفة الثاني عمار بن ياسر أميراً وفي رواية بعثه اميرا للصلاة وابن مسعود قاضياً وواليا على بيت المال وعثمان بن حنيف ماسحاً يمسح ارض العراق فمسح الارض ، وقد اختلفوا فيما مسحه فقيل اثنان وثلاثون الف الف جريب ، وقيل ستة وثلاثون =

(١) جمع ارض على اراضي على غير القياس لان فعل لا يجمع على فعالي قال في القاموس في باب الضاد فصل الهمزه ارضات واروض وارضون واراض والاراضي غير قياسي .

الأمر ان يأخذها قلنا فان أخذها منه قال يرد اليه رأس ماله وله ما اكل منها (١) ومنها صحيحة ابن الربيع الشامي لا تشتروا من ارض السواد الى ان قال فانها فيء للمسلمين (٢) الى غير ذلك من الأخبار

(١) التهذيب ج٧ كتاب التجارة باب ١١ احكام الارضين تسلسل ٦٥٢ وفي آخرها وله ما اكل من غلتها بما عمل .

(٢) التهذيب باب ١١ احكام الارضين (٦٥٢) عن ابي الربيع الشامي عن ابي عبدالله (ع) قال لا تشر من ارض السواد شيئا الا ممن كانت له ذمه فانما هو فيء للمسلمين .

= الف الف جريب وهي ما بين موصل وعبادان طولا وبين القادسية ومنقطع جبال حلوان عرضا ثم ضرب على كل جريب (١) من النخل ثمانية دراهم وعلى كل جريب من الرطبة ستة دراهم وعلى كل جريب من الشجر كذلك ، وعلى كل جريب من الحنطة اربعة دراهم ، وعلى كل جريب من الشعير درهمين ، وكتب الى الخليفة بذلك فامضاه وروى ان ارتفاعها كان في زمن الخليفة الثاني ماءة وستين الف الف درهم . والسبب في تسمية العراق بالسواد هو ان المسلمين لما خرجوا من البادية نظروا الى التفاف الشجر وكثرة الاشجار والنخيل فمن بعيد يرونه سواداً . فارض العراق لا اشكال من المفتوحة عنوة وانها من ارض الخراج كما ان مكة المشرفة على ما يقال من المفتوحة عنوة ، وكذا الري ونهاوند واما اصفهان وبلاد الشام فلم يثبت انها من المفتوحة عنوة . واما حكم المفتوحة عنوة هو ان العامر من الاراضي حال الفتح نفس الأرض للمسلمين والظاهر ان ذلك على نحو الملكية المطلقة كما هوقضية =

(١) وهو مقدار معين من الارض والطعام وعن قدامه انه ثلاثة الاف وستمائه ذراع وعن اقرب الموارد انه عشرة الآف ذراع .

يتحقق في الملك فمن ذلك يظهر ان القول بجواز الشراء الدال على ملكية ارض الخراج ضعيف كما ان القول بملكية الأرض تبعاً للآثار

= نعم فرق بين المقام والملكية في الزكاة والخمس من جهة اخرى هو انه في المقام الملكية للمسلمين على سبيل الاستغراق فتكون الارض ملكا لجميع المسلمين لا على نحو الكلي القابل للانطباق على الفرد كالملكية في الزكاة والخمس وحيث يمتنع صرف منافع تلك الارض لجميع المسلمين لذا تدفع للجهات العامة كصرفه في مصالح المسلمين مثل معونة المحاويج ولمؤنة الولاة والقضاة ومطلق مايرجع لتقوية الدين ومصالح المسلمين كبناء المساجد والقناطر . والظاهر ان الارض ليست ملكا لصاحب الآثار ما دامت الارض مشغولة بها فمع زوالها ترجع الى ملك المسلمين كما قيل انها تملك تبعاً للآثار اذ هو ضعيف لعدم ثبوت الملكية المؤقتة اذ بعد تحققها دامت ولا تزول إلا بالنواقل . نعم ذلك يناسب الأحقية التي هي عبارة عن عدم مزاحمة الغير لمن يملك تلك الآثار لان الآثار مملوكة له وقد جاز جعلها في مقدار من الارض فحينئذ هو احق بها ولا يجوز لغيره مزاحمته مع وجود تلك الآثار وبعد زوالها ترتفع الاحقية ومثل ذلك ما يقال بالفرق بين ما يتملك بالاحياء وما يتملك بغيره كالارث ونحوه فما يتملك بالاحياء تزول الملكية بزوال الاحياء وما يتملك بغيره كالارث ونحوه فلا يزول إلا بالنواقل المقررة كما يظهر ذلك من بعض مشايخنا المعاصرين ولكن لا يخفى انك قد عرفت انه لا معنى للملكيه المؤقتة ومما ذكره من الفرق يناسب الأحقية والاختصاص هذا حكم العامرة من المفتوحة عنوة . واما الموات من الاراضي المفتوحة عنوة فهي من الانفال للامام (ع) على المشهور بين الاصحاب بل كاد ان يكون اجماعاً بل ادعى ان مطلق الموات ولو =

جمعاً بين الأخبار المانعة وبين الأخبار المجوزة للشراء ضعيف ايضاً لعدم ثبوت . الملكية الموقتة نعم لا مانع من دعوى حق الاختصاص في الارض

= لم تكن من المفتوحة عنوة من الانفال ، وقد اورد عليه بعض من تأخر بانه يلزم ان لا يتملك المحيي إلا باذن من الامام في زمان حضوره واخذ الرخصة من الحاكم الشرعي في زمان الغيبة مع ان ظاهر قوله صلى الله عليه وآله « من احيى ارضاً ميتة فهي له » هو كون سبب التملك نفس الاحياء من دون ضم ضميمة كاذن الامام . ودعوى ان ذلك منه اذن في التملك خلاف الظاهر . واما أدلة التحليل فهي وان استفيد منها الاباحة المالكية إلا انها لخصوص الشيعة وذلك ينافي ماهو المستفاد من ادلة الاحياء المروية عند الفريقين . اما عن طريق العامة فعن سعيد بن زيد ان النبي (ص) قال من احيا ارضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق (١) ، واما عن الخاصة فما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر (ع) قال : « أيما قوم احيوا ارضاً ميتة أو عمروها فهم أحق بها وهي لهم (٢) » الى غير ذلك من الاخبار الدالة على ان الاحياء سبب للملك من دون حاجة الى الاذن من الامام في زمان الحضور وفي الغيبة من الحاكم الشرعي على الاحوط مسلماً كان المحيي أو كافراً على ما يظهر من الاصحاب . والذي ينبغي ان يقال ان المستفاد من كلمات الاصحاب هو ان ارض الموات في المفتوحة عنوة هي للامام ، واما ما عرض عليها الموات فالحاقها بالانفال محل =

(١) الجامع الصغير للسيوطي في مادة من ويذكر فقرته الاولى . المناوى في كنوز الحقائق في نفس المادة .

(٢) التهذيب كتاب التجارة ١١ باب احكام الارضين حديث تسلسل (٦٧١ ـ ٦٠) .

المشغولة بالآثار . فظهر مما ذكرنا ان القول بعدم ملكية رقبة ارض الخراج هو الأقوى وعليه يشكل الأمر بالنسبة الى اراض المساجد

= اشكال بل يقوى ابقاؤها على ملك المسلمين ولا يملكها المحيي . والذي يظهر من بعض مشايخنا المعاصرين وغيرهم هو ان الموات بالأصل ولو كان من الانفال في زمان الغيبة ان لكل أحد احياؤها ويملكها المحيي مطلقاً وان كان في دار الإسلام أو في دار الكفر وسواء كان من ارض الخراج كالعراق أم من غيرها ، وسواء كان المحيي مسلماً أو كافراً ، ولكن لا يخفى مع فرض كون الارض من الانفال يكون من مختصات الامام فلا يجوز التصرف إلا بالاذن منه ، وليس في زمان الغيبة دليل دال على الاذن من الامام سوى ادلة التحليل وأدلة التحليل لا يستفاد منها الاباحة المالكية ، وعلى تقدير الاستفادة فهي لخصوص الشيعة وبالنسبة الى غيرهم تشكل التصرفات اللهم إلا ان يقال بان الملكية للامام من قبيل ملكية الله التي لا تنافي ملكية العباد ولكن لا يخفى ان هذا يتم لو قلنا بان مطلق الموات من الانفال وما يتوقف ضرورة التعيش عليه كالنار والكلاء وامثالهما . واما بالنسبة الى امواله الخاصة مثل حق الامام وامثاله فلا يتأتى ذلك اصلا . هذا والانصاف ان الموات بالاصل اي ـ مالم تكن مسبوقة بعمارة ـ من الانفال للاجماع بقسميه وللاخبار المستفيضة ولا اشكال ايضاً انه لو احياها الشيعي يملكها لقوله عليه السلام : « ما كان لنا فهو لشيعتنا (١) وقوله (ع) كل ما كان في ايدي شيعتنا فهم فيه محللون » (٢) واما احياؤها من =

(١) الحدائق كتاب الخمس ج ١٢ ص ٤٢٤ طبع النجف الأشرف.

(٢) الوسائل كتاب الخمس ج ٢ باب ٤ اباحة حصة الامام من الخمس للشيعة من ابواب الانفال .

والاوقاف في العراق بعد زوال الآثار ولكنه يسهل الخطب ان هذا الحكم في العامر حال الفتح . واما الموات حال الفتح فهي للامام عليه السلام وقد اباحها في زمان الغيبة لمن احياها وحيث ان كل قطعة من ارض الخراج غير معلومة انها معمورة حال الفتح فيحكم لمن هي

= المسلم غير الشيعي وانه يملكها بالاحياء فيستفاد من النبويين أحدهما قوله (ص) : « موتان الارض لله ولرسوله ثم هي لكم مني ايها المسلمون » وثانيهما قوله (ص) : « عاري الارض لله ولرسوله ثم هي لكم مني » (١٠) . واما احياء الكافر لها وانه يملكها بالاحياء لقوله عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم سألته عن الشراء من ارض اليهود والنصارى فقال : « ليس به بأس » الى أن قال : « أيما قوم احيوا شيئاً من الأرض او عملوه فهم احق بها وهي لهم (٢٠) » وفي صحيحة ابي بصير سألت أبا عبد الله (ع) عن شراء الارضين من اهل الذمة فقال : « لا بأس بأن يشتريها منهم اذا عمروها واحيوها فهي لهم » (٣٠) الى غير ذلك من الاخبار الدالة على ان كل من احيا ارضاً ميتة فهي له ولو كان كافراً لا يقال أن ظاهر اخبار التحليل للشيعة عدم جواز تصرف غيرهم فهذه تنافي اطلاق الأخبار الدالة على مطلق من يحيي ارضاً =

(١٠) مكاسب الشيخ الانصاري (قده) في شرائط العوضين .

(٢٠) الوسائل كتاب احياء الموات باب ١ ان من احيا مواتاً فهي له وفي التهذيب كتاب التجارة باب احكام الارضين من ابواب الانفال .

(٣٠) تهذيب الشيخ الطوسي كتاب التجارة ١١ باب احكام الارض وفي الوسائل ، كتاب احياء الموات باب ٤ ان الذمي اذا احيا مواتاً من ارض الصلح فهي له اجر من حديث تسلسل ٦٥٦

في يده لقاعدة اليد فيحكم ببقاء الوقف مع زوال الآثار ولأجل ذلك جرت السيرة على ترتب احكام الملكية والوقفية مع زوال الآثار على الارض التي كانت مشغولة بها . هذا كله بالنسبة الى رقبة ارض الخراج واما ما يأخذه السلطان باسم الخراج والمقاسمة وباسم الزكاة وما يؤخذ من ذلك من الجوائز . أو البيع والشراء فلا اشكال في براءة ذمة المتقبل

= ميتة تكون له ولو كان كافراً فانه يقال بأن ادلة التحليل دالة على ان الغرض الأصلي من التحليل هم الشيعة ثم بسبب حصول الاذن لهم حصل الاذن لغيرهم وبعبارة أخرى ان الاذن للشيعة حكمة لا علة ولذا رتب عليها (لتطيب ولادتهم وتحل مناكحهم ومكاسبهم) فتأمل ثم لا يخفى ان فتح هذه الاراضي كانت بمشورة من الامام (ع) لقوله : « كان القائم بعد صاحبه ـ أي الخليفة الثاني ـ يشاورني في الأمور فيصدرها عن رأيي لا يعلمه أحد ولا يعلمه أصحابه ولا يناظرني غيره الى آخره (١٠) بل دخول بعض اصحابه سلام الله عليه في اعمال الخليفة كعمار بن ياسر وابن مسعود يدل على رضاه بذلك وانه عن رأيه واذنه . فعليه أن اراضي العراق المعمورة وغيرها لا تعد من الانفال المختصة بالامام بدعوى عدم حصول الاذن بالفتح او دعوى كون هذه من الغنائم لعدم صدور ذلك عن اذنه فانها في غير محله لما عرفت أن ذلك بمشورة من الامام وصدر عن اذنه ورأيه فلا يجب اخراج الخمس منها مضافاً الى أن لفظ الغنيمة منصرفة عن مثل تلك الاراضي . ثم لا يخفى ان ماهو معلوم من المحياة حال الفتح هي مكة المعظمة بناء على انها فتحت =

(١٠) راجع كتاب علي مع الخلفاء للشيخ نجم الدين العسكري في هذا الموضوع فقد احصى فيه رجوع الخلفاء والصحابة الى امير المؤمنين عليه السلام .

منه بدفع القبالة اليه للاجماع بقسميه . بل يظهر من الاخبار المعتبرة الدالة على صحة التقبل منه وانه تبرأ ذمة المتقبل من الحاكم بدفع القبالة اليه كصحيحة الحلبي عن ابي عبد الله (ع) « لا بأس بأن يتقبل

=عنوة او مثل بلاد كربلا على مايقال بانها من المحياة حال الفتح فبعد زوال الآثار نفس الارض تكون ملكا للمسلمين إلا ان الكلام في هذه المسألة قليل الجدوى فانه بالنسبة الى العراق والري ونهاوند ونحوها مما ثبت انها مفتوحة عنوة لا يعلم أن اية قطعة منها محياة واية قطعة موات لكي يترتب حكم تلك القطعة الخاصة ولا يعلم أن بلاد كربلا الفعلية هي محياة حال الفتح وانما هي اقاويل وظنون لا يمكن الأخذ بها لترتب الحكم الشرعي فعليه يحكم بظاهر اليد لمن يده عليه وليس عندنا أصل محرز لحال اليد . ففي هذا العصر يسقط هـذا البحث . ودعوى انا نعلم بوجود محياة بين تلك القطع في زمان الفتح فتكون من الشبهة المحصورة لكون المقام من قبيل خمسماءة اناء نجس المرددة بين الف وخمسماءة اناء في غير محله لان من شرائط تنجز العلم الاجمالي أن تكون اطرافه كلها محل الابتلاء ، وفي المقام ليس كل القطع محلاً للابتلاء . نعم لو علم من محلين او قطعتين كل منهما محل للابتلاء نلتزم بتنجز العلم الاجمالي لكنه فرد نادر . واما استصحاب بقاء ملكية الارض بعد زوال الآثار بناء على القول بأن الارض تملك تبعاً للآثار فهو من الاستصحاب الكلي المردد بين فرد قصير قد علم بارتفاعه وبين فرد طويل يشك في حدوثه مثل ما لو علم بارتفاع الحدث الاصغر وشك في حدوث الحدث الاكبر فقد عرفت انه لا يجري في المقام ولو قلنا بجريان الاستصحاب الكلي لعدم تحقق الملكية الموقتة فبعد زوال الآثار نشك في اصل ملكية الارض من اول الأمر فلا يقين سابقاً =

الارض من السلطان » (١) وعن مزارعة أهل الخراج بالربع والنصف والثلث قال : « نعم لا بأس به » (٢) وصحيحة محمد بن مسلم « كل ارض دفعهـا اليك سلطان فعليك فيما أخرج الله منها الذي قاطعك

(١) في المكاسب المحرمة ذكرها عامة الفقهاء والشيخ الانصاري في مكاسبه المحرمة في باب جوائز السلطان .

(٢) في التهذيب كتاب التجارة باب المزارعة حديث رقم ٨٨ طبع النجف .

= حتى يستصحب .

واما الاراضي المفوضة وهي الاراضي الخراجية التي بيد السلطان المسماة بالاراضي الاميرية وتسجل في دائرة الطابو بشرائط مخصوصة وقد اسست التسوية لهذا الغرض في الأيام الاخيرة وقد اعتبرت فيها امور كعدم وقفها وان الذكر والانثى على حد سواء في الأرض بعد موت الملتزم ، والزوجة لها الربع مع الولد والنصف مع عدم الولد فقد وقع الكلام في وجوب الالتزام بتلك الشروط فنقول ان السلطان لما كان له تقبيل تلك الاراضي فتارة يكون تقبيله لتلك الاراضي لمن يتقبل بنحو اللزمة والسركلة فيكون كوكيل مفوض لا ينعزل اذا قام بالشرائط التي اشترط عليه السلطان واخرى بنحو الايجار .

فان كان من قبيل الاول فلا تدخل الأرض في ملك الملتزم وانما هو تفويض من السلطان ألزم نفسه بان يدفعها الى ورثة الملتزم مع تلك الشروط بتفويض جديد وتقبيل مستقل فحينئذ لم ينتقل من مورثهم وانما التزموا بالتزام جديد من السلطان وقد قال بذلك جماعة واستفادوا ذلك من الاخبار المتقدمة ويجب دفع عوض ما التزم به وانه تشتغل ذمة الملتزم . وان كان من قبيل الثاني بان السلطان له ايجار تلك =

عليه » (١) الى غير ذلك من الأخبار الدالة على صحة التقبيل الموجب للانتقال الى المتقبل ودخوله في ملكه الكاشف عن صحة تصرفات الحاكم

(١) ذكره الشيخ الانصارى في مكاسبه المحرمة في باب جوائز السلطان .

= الارض فتكون تلك الشرائط في ضمن عقد الايجار فيجب الالتزام بتلك الشروط في ضمن عقد لازم وعليه جماعة آخرون واستفادوا ذلك من تلك الاخبار المتقدمة ولا يخفى ان الوجه الثاني اقل اشكالاً من الأول فانه على الاول يشكل الالتزام بتلك الشروط لكونها شروطاً ابتدائيـــة لا يجب الالتزام بها ثم انه على تقدير القول بوجوب الالتزام بها كما هو قضية الوجـــه الثاني فهل هو لكل امير ؟ او لخصوص من يدعي الخلافة من العامة فلا تنفذ بالنسبة الى مطلق من هو امير من المخالفين فضلاً عما اذا كان من المؤالف قولان : المشهور وعليه الفتيا هو الثاني لما يستفاد من ادلة الامضاء ان المعصوم (ع) امضى ما يأخذه المتقبل وصحح تلك المعاملات لا انه امضى الولاية فان حرمتها عظيمة عند الشارع والامضاء صدر بالنسبة لمن يدعي الخلافة اعتقاداً أو تشريعاً وهـذا الامضـاء الشرعي تارة يكون على نحو القضية الحقيقية وأخرى بنحو القضية الشخصية الخارجية وعلى الاول لا يحتاج في تلك الشروط وذلك الالتزام الى مراجعة الحاكم الشرعي في زمان الغيبة وعلى الثاني يحتاج بالنسبة الى زمان الغيبة الى مراجعة الحاكم الشرعي بنـاء على ثبوت الولاية العامة للفقيه الجامع للشرائط ففي زمان الغيبة يحتاج في تصحيح تلك الشرائط الى امرين مراجعة الحاكم الشرعي لامضاء تلك الشروط وان يكون المشترط والملتزم مدعياً للخـــلافة ومع عدم هذين الشرطين فتصحيح تلك الشروط محل اشكال بل قد عرفت ان ذلك هو =

وذلك بامضاء تلك التصرفات من الشارع والظاهر أن امضاءه على نحو القضية الحقيقية فتصح حينئذ بالنسبة الى زمان الغيبة ، واما لو كان بنحو القضية الخارجية فتحتاج صحة تلك الامور الى امضاء من الحاكم الشرعي بناء على ثبوت الولاية العامة له كما لا يبعد ان يستفاد ذلك

= القدر المتيقن للامضاء وقد خالف بعض المعاصرين ذلك فقال بجريان الحكم لكل امير وقال بعدم نفوذ الوصية بالنسبة الى الاراضي الاميرية وافتى بعدم اخراج الثلث منها الا ان الشأن في استفادة ذلك من الاخبار بل ربما يقال بان دليل الامضاء لا يفهم منه إلا حل ما يأخذه الحاكم عوض الارض واما الالتزام بتلك الشروط فهو بلا ملزم فتكون تلك الشروط شروطاً ابتدائية لا يجب الالتزام بها لا سيما اذا قلنا بان تلك الاراضي تفويض وبتعبير هذا الوقت بالسركلة واللزمة والانصاف ان المستفاد من اخبار تقبيل السلطان ان للسلطان ايجار تلك الاراضي والامضاء من المعصوم عليه السلام على نحو القضية الحقيقية فيجب الالتزام بتلك الشروط لكونها شروطاً في ضمن عقد لازم وهذا انما يصح فيما اذا لم تكن الارض محياة لاشخاص وكانت مواتاً وقد قبلها السلطان وشرط عليهم شروطاً واما لو كانت محياة لاشخاص والسلطان الزمهم بتلك الشروط فلا تلزم لعدم صحة تلك الاجارة لكون الارض حينئذ ملكاً لمن احياها وليس للسلطان سلب الارض منهم فلو قيدها باسم غيرهم فلا يجوز للغير سلب الأرض من المحيين وفاقاً لجل مشايخنا المعاصرين وان اختلفوا بالنسبة الى من لا يدعي الخلافة من الامراء على قولين قال الشيخ في الجواهر (قدس سره) بالتعميم لقاعدتي الحرج والضرر ولاطلاق الاخبار ولما يستفاد من رواية أبي بكر الحضرمي قال : دخلت على أبي عبد الله عليه السلام الى ان قال (ع) : « ما منع ابن ابي السماك ان يبعث =

من قوله (ع) : « مجاري الأمور بيد العلماء » و « العلماء ورثة الأنبياء » فان هذه الأمور مما يرجع اليه عامة الناس . وبما ذكرنا

= اليك بعطائك ، أما علم ان لك في بيت المال نصيباً (١ه) » ثم ان الغاية من الاذن تحصيل الشيعة حقوقهم من بيت مال المسلمين وذلك يقتضي تعميم الحكم لكل امير . واستدل الشيخ الأنصاري (قدس سره) على التعميم بقاعدتي الحرج والضرر وباطلاق الاخبار . وقال الشهيد (قده) في المسالك بالاختصاص لانه يباح الأخذ من السلطان نظراً الى معتقده . ولا يخفى ان الاستدلال بقاعدتي الحرج والضرر للتعميم محل نظر لكونهما حاكمتين على الأدلة المثبتة للاحكام الثابتة ولا يمكن اثبات الحكم بهما . واما رواية الحضرمي فلا يستفاد منها ذلك كما ان ما ذكره في المسالك مبني على كون المورد من صغريات قاعدة الالزام مع انه خلاف منصرف الاخبار وكلمات الفقهاء واما الاطلاق فلا يبعد دعوى الانصراف لمن يدعي الخلافة فلذا يقوى مراجعة الحاكم الشرعي في مثل هذه الازمنة .

وحاصل الكلام في الاراضي انه في الوقت الحاضر (٢ه) تقسم الاراضي الى اقسام ثلاثة : الأولى الاراضي التي تعتبر ملكاً للحكومة ولا حق فيها للاهالي اصلاً ، وانما تدفع لبعض الزعماء تقبيلاً كضمان والتزام باجرة سنة او سنتين كاراضي العمارة ونحوها والثانية الاراضي الاميرية غير المفوضة بالطابو وهي الاراضي التي تعطيها الحكومة الى الحائزين عليها بنحو المزارعة وتسمى باسم اللزمة ، والحكومة لا تعتبر =

(١ه) الوسائل كتاب التجارة باب ٥ ان جوائز الظالم وطعامه حلال من ابواب ما يتكسب له ،

(٢ه) اي وقت تأليف الكتاب سنة ١٣٧٣ هجرية .

من الاخبار الدالة على صحة تلك التصرفات تخرج عن القاعدة من وجوب دفع ما عليه من القبالة لمن يستحق القبض وهو الامام العادل في زمان الحضور والى نائبه في زمان الغيبة ، ولذا يجب الاقتصار في

= هؤلاء مالكين لها وانما هم مزارعون وانهم احق من غيرهم بمزارعتها فاذا قصروا او لم يدفعوا الرسم المقرر عليهم انتزعوها من ايديهم وانتزاع هذا النوع من الاراضي التي لم يرفع اليد عنها اصحابها وارباربها الحائزون لها فعلاً من دون تعويض محل اشكال فالاحوط لمن يتسلمها من الحكومة بعوض او بغير عوض ان يصالح اربابها بشيء ولو بيسير عن حقهم الثابت لهم بوضع يدهم فعلاً ورفعها قهراً . هذا فيما اذا كانت الأراضي مواتاً وقد زارعتهم الحكومة ، واما لو كان اربابها هم المزارعون قبل مزارعة الحكومة ثم الحكومة قد زارعتهم وفرضت عليهم الضريبة فيعتبر شرعاً ان الحائزين هم المالكون فعلاً ويجب ارضاؤهم مع سلب الحكومة عند عدم قيامهم بدفع الرسم للحكومة . ومجمل القول ان ما يسمى بالموات باصطلاح الفقهاء تملك بالاحياء من كل احد فاذا احيا مسلم ارضاً ملكها شرعاً ولا يجوز مزاحمته فيها وليس للحكومة فيها حق سوى الزكاة من حاصلاتها . والقسم الثالث الاراضي التي تشترى من الحكومة وتسجل بالطابو فمن بيده يعتبر مالكاً لتلك الارض يقـــدر على بيعها ووقفها وسائر شؤون الملك وقد قيد ذلك بشروط مخصوصة ككون الانثى والذكر على حد سواء في الميراث ومساواة ولد الولد المتوفى ابوه بحياة جده لاعمامه فقد عرفت منا سابقاً ان تلك الشروط تصح ممن يدعي الخلافة وصحتها لكل امير محل كلام واشكال ، كما انك قد عرفت ان صحة تلك الشروط فيما لم تكن الارض محياة لاشخاص وكانت مواتاً وقد قبلها السلطان وشرط عليهم شروطاً . =

حل ذلك من السلطان على القدر المتيقن وهو المخالف المدعي للخلافة وكيف كان فيجوز لكل احد ان يتقبل الأراضي الزراعية ويضمنها من

= وهنا مسائل متعلقة بالاراضي .

الأولى ان الأراضي التي اسلم عليهم اهلها وصولحوا عليها تكون ملكاً طلقاً لهم ليس عليها سوى الزكاة في عائدها مع الشروط المعلومة كما ان الارض التي انجلى عنها اهلها للامام يتصرف بها بنظره حيثما يشاء في مصالح المسلمين وغيرها ، واما الذي استولى عليها المسلمون في القهر والغلبة وهي المسماة بالاراضي الخراجية والاراضي المفتوحة عنوة فقد اختلف الفقهاء في انها تملك مطلقاً اولا تملك مطلقاً او انها تملك تبعاً للاثار وقد عرفت ان المختار انها ملك للمسلمين لمكان اللام المفيدة للتمليك فتكون كسائر الاراضي تملك وان كان الفرق بينها وبين غيرها ان ارض الصلح وما يلحق بها لا ضريبة عليها وليس فيها سوى الزكاة ان حصلت شرائطها بخلاف هذه الاراضي فان فيها اضافة الزكاة ضريبة المسلمين حيث تصرف في مصالح المسلمين باذن الامام او نائبه الخاص .

الثانية ان الارض التي جاز فيها التصرف اما باذن من الحاكم الشرعي او السلطان او بلا اذن تجوز المزارعة والمساقاة عليها مع الشرائط المذكورة في ضمنها فيجب الالتزام بمضمون العقد والشرائط ولا يجوز مخالفتها ويتحقق العقد مع صاحب الارض والزارع وصاحب المضخة فيملك حصة من الزرع ومع بلوغ حصة كل واحد منهم النصاب تجب الزكاة وبعبارة أخرى تجب الزكاة على من بلغت حصته النصاب زارعاً كان او مزارعاً مع اشتراكهما بالزرع بطريق مشروع من غير فرق بين كونه صاحب المضخة او صاحب الطابو او صاحب الارض المفوضة او صاحب اللزمة وذلك بعد اخراج المؤونة على المشهور وان كان الأحوط عدم =

الحكومة بشيء ، وينتفع بها بزرع وغيره مع شرائط مخصوصة بضريبة

= الاخراج واعتبارها جزءً من النصاب ، واما ما سقى بالمضخة فيلحق بالدلاء وتخرج منه الزكاة نصف العشر ولا يلحق بالسيح لكي يخرج منه العشر .

الثالثة الاراضي السنية التي هي قسم من اراضي الطابو في عهد بعض السلاطين والحقها بعض السلاطين اخيراً بالاراضي الاميرية فيجوز لنا ترتيب الاثر على ذلك لقاعدة الالزام وتعود تلك الاراضي لبيت مال المسلمين وتصرف في مصالحهم كسائر الاراضي غير المملوكة للافراد . هذا وفي اجراء قاعدة الالزام كلام لا يسعه المقام .

الرابعة : ان المال الذي يقرضه الزارع المسمى ذلك بالمساعدة لا يوجب تملك حصته من الزرع مقابل ما اقرضه فان ذلك من الربى المحرم ولا عوض له الا اذا اخذ شرطاً في عقد المزارع نفسه بان يزارع صاحب الارض ويشترط في ضمن عقد المزارعة ان يقرضه بما يسمى المساعدة ويأخذ بعض حصته العائدة له .

الخامسة : في اراضي العراقية الموقوفة كالوقف النبوى او الوقف القادري او الاوقاف لبعض المساجد القديمة في بغداد وغيرها من الاراضي الأميرية او من الطابو او من الملك الصرف فان بعضها لها متول خاص وبعضها لها متول يتولاها بنظارة مديرية الاوقاف والاحوط في مثل ذلك مراجعة الحاكم الشرعي عند ارادة التزامها للاشكال فيها من حيث الصحة او من حيث التولية ولا تجب الزكاة في حاصلاتها اذا كان وقفها على صرف نمائها في جهات معينة من اصلاح مشهد او معبد او وقفاً على العلماء او الفقراء ، واما اذا وقفها على اشخاص معينين وبلغت حصة كل شخص معين النصاب وجبت الزكاة .

مقررة من الحكومة ويجوز ذلك لنفسه كما يجوز ان يتقبلها ويضمنها من الحكومة لغيره كما هي عادة الشيوخ والقبائل ان يتقبلوا من الحكومة ثم يقبلونها لاشخاص بتلك الضريبة أوبأزيد منها ، وهذه الاراضي بهذا النحو ليست مملوكة لمن يأخذها من الحكومة فلا تمليك ولا تملك لكي تورث وإنما هوتفويض من الحكومة وتسمى في العصر الحاضر بالأراضي المفوضة إلا ان الشأن في ان المستفاد من الأخبار ان لكل من هو امير له هذا التفويض او خصوص من يدعي الخلافة ؟ الظاهر هو الثاني ، إذ ليس في الاخبار اطلاق شامل لكل امير ولو لم يدع الخلافة وان اعترف بعض الاعاظم قدس سره في درسه إلا انه ادعى انصراف الأخبار الى السلطان الذي يرى نفسه مستحقاً للخلافة ولذا قال (قدس سره) مقتضى الاحتياط عدم جواز الأخذ ممن لا يرى نفسه مستحقاً للخلافة أو كانت سلطنته باستظهار غير المسلم . واما بالنسبة الى بقاء تلك الشروط على تقدير صحتها فهل هي باقية بعد زوال تلك الدولة ؟ قيل ببقائها استصحاباً لصحتها وهو في محل المنع اذ صحتها ما دامت تلك الدولة باقيـــة فمع زوالها وحلول دولة اخرى محلها ترتفع صحتها وليس المقام من استصحاب حكم المخصص (١) بل المقام من التمسك بالعام لعدم شمول العام له من اول الأمر . هذا كله فيما لو كان عدم الاندراج تحت عنوان ما ترك الذي هو موضوع الإرث لفقد المقتضي .

---

(١) لا يخفى ان استصحاب حكم المخصص انما يجري فيما اذا خرج بعض افراد العام في بعض الازمنة وبعد ذلك الزمان يشك في حكم الخاص اذا اخذ بنحو الاستمرار من غير فرق بين ما يستفاد من اللفظ او من الاطلاق ، مثلاً ورد اكرم العلماء دائماً ثم خرج فرد من من العموم في زمان بان قال لا تكرم زيداً العالم يوم الجمعة ففي =

موانع الارث

واما لو كان عدم الاندراج لوجود المانع فنقول موانع الارث أمور :
الأول الكفر . فانه لا يرث الكافر من المسلم والمسلم يرث من الكافر للاجماع بقسميه مضافاً الى النصوص الدالة على ذلك كخبر أبي ولاد قال سمعت أبا عبد الله (ع) يقول المسلم يرث امرأته الذمية وهي لا ترثه (١) ، وخبر الحسن بن صالح عن أبي عبد الله (ع) قال المسلم يحجب الكافر ويرثه والكافر لا يحجب المسلم ولا يرثه (٢) وخبر ابي خديجة عن ابي عبد الله (ع) قال لا يرث الكافر المسلم وللمسلم أن يرث الكافر إلا أن يكون المسلم قد اوصى للكافر بشيء (٣)

---

(١) و (٢) و (٣) الوسائل كتاب المواريث باب ١ ان الكافر لا يرث المسلم ، والمسلم يرث المسلم والكافر .

= يوم السبت شككنا في اكرامه فقد ذكرنا في الأصول انه يجري استصحاب حرمة اكرام زيد ولا يتمسك بعموم اكرم العلماء . نعم يتمسك بالعموم فيما اذا كان العموم الازماني بنحو يؤخذ كل زمان موضوعاً مستقلاً بان يكون كل يوم فرداً للعام فلو قام اجماع أو دليل لفظي على حرمة اكرام زيد العالم يوم الجمعة ففي ما بعد ذلك الزمان يرجع الى العموم لا الى الاستصحاب . هذا كله فيما اذا كان الفرد الخارج داخلاً تحت العام اولاً ، ثم خرج في بعض الأزمنة ، واما لو لم يكن داخلاً في العام من اول الأمر ثم شك فيه كما في المقام فالمرجع هو التمسك بالعام لا بالاستصحاب .

والذي ينبغي ان يقال ان التقبيل من السلطان اما ان يكون بنحو =

الى غير ذلك من اخبار الباب خلافاً للعامة حيث منع التوارث بينهما تمسكا بحديث لا توارث بين أهل ملتين (١) ولكن لا يخفى ما فيه لما عرفت من الأخبار السابقة مع انه يحمل الحديث المذكور على نفي التوارث من الطرفين ويشهد لذلك ماورد في خبر عبد الرحمن بن اعين عن أبي عبد الله (ع) قال أهل ملتين لا يتوارثان فنحن نرثهم ولا يرثونا . ان الله عز وجل لم يزدنا في

= التفويض والسركلة التي هي عبارة عن التوكيل فلا اشكال في ان التقبيل المشترط فيه تلك الامور إنما تتحقق ما دامت تلك السلطنة والرياسة موجودة فمع تبدلها بدولة أخرى لا اشكال في زوال تلك التعهدات والالتزامات ، واما ان يكون بنحو الايجار أي للسلطان ايجار تلك الأراضي مع تلك الالتزامات فحينئذ يجب الالتزام بها ما دامت تلك الدولة موجودة فمع زوال تلك الدولة يبطل عقد الايجار لان ملكيته محدودة ببقاء تلك الدولة ففي الصورتين لا معنى لجريان استصحاب وجوب الالتزام بها لا سيما الوجه الأول . نعم لو قلنا بملكية السلطان حال وجود دولته ملكية مطلقة وليست ملكية محدودة فمع زوال دولته يشك في وجوب بقاء تلك الشرائط فيصير مجالاً للتمسك بالاستصحاب ولكن لا يخفى ان المورد من التمسك بالعام لا من التمسك بالاستصحاب فان المورد لم يدخل تحت من احيا ارضاً فهي له من اول الأمر لكي يستصحب ولو فرض حصول الشك في تخصيص العام بمقدار من الزمن فيؤخذ بالقدر المتيقن ويرجع الى اصالة العموم . هذا تمام الكلام في اراضي الخراج والحمد لله رب العالمين .

(١) الوسائل كتاب المواريث باب ١ ان الكافر لا يرث المسلم والمسلم يرث المسلم والكافر .

الإسلام إلا عزاً (١) ، وخبر أبي العباس قال سمعت أبا عبد الله (ع) يقول : لا يتوارث أهل ملتين يرث هذا هذا ويرث هذا هذا إلا ان المسلم يرث الكافر والكافر لا يرث المسلم (٢) الى غير ذلك من الاخبار .

واما الامام فلا يرث من الكافر وإلا لامتنع التوارث بين الكفار

نعم في خصوص ما لو اسلم عبد الكافر فانه يجبر على البيع فلو لم يبعه ومات الكافر فقد احتمل الشيخ الانصاري (قده) في مكاسبه بانتقال العبد المسلم الى الامام ، إذ ذلك مقتضى الجمع بين أدلة الارث وبين أدلة منع تملك الكافر للمسلم ، ولكن لا يخفى ان أدلة المنع لو دلت تكون حاكمة على عمومات الارث وذلك يقتضي انه بمجرد اسلامه ينعتق إلا أن دلالتها على منع التملك محل نظر حيث ان المستفاد منها نفي السلطنة ولا ملازمة بين نفي السلطنة ونفي التملك كما هو مفاد المروي عن امير المؤمنين (ع) في عبد كافر اسلم فقال (ع) : (اذهبوا فبيعوه من المسلمين وادفعوا ثمنه الى صاحبه ولا تقروه عنده) (٣) فالنهي إنما ورد على البقاء لا على التملك ، فلذا الحق انه يتملك الكافر الأخر الوارث ولا يجبر على بيعه اذ أدلة نفي السبيل تمنع تملك الكافر للمسلم اختياراً . واما التملك القهري كما هو المفروض في المقام فليست مانعة فلذا لا محذور فيه . وكيف كان فالكافر يرث من الكافر ولايكون ميراثه للامام (ع) الا المرتد فميراثه مع عدم المسلم الوارث للامام.

(١) الوسائل كتاب المواريث باب ١ ان الكافر لا يرث المسلم والمسلم يرث المسلم والكافر .

(٢) نفس المصدر .

(٣) مكاسب الشيخ الأنصاري في البيع في مسألة عدم صحة نقل العبد المسلم الى الكافر .

وهل يحجب الزوجة عما زاد عن ثمنها ولدها الكافر فلا تستحق الربع ام لا ؟ الظاهر انها تستحق نصيبها الأعلى ويفرض الولد كأن لم يكن فلا يحجبها وفاقا لمعظم الأصحاب كما انه ليس عليها رد في مفروض المسألة لعدم الرد عليها مع كون الامام وارثا كما سيأتي . فدعوى ان الرد المنفي في غير هذا المقام ممنوعة لعموم ادلة عدم الرد عليها . واما الكفار فيتوارثون بعضهم من بعض مالم يكن لهم وارث مسلم غير الامام فيرث الذمي باصنافه الحربي باصنافه . وما ورد من أن أهل ملتين لا يتوارثان المراد منه ملة الكفر وملة الاسلام وإلا الكفر ملة واحدة كما ورد في الأخبار وانما قيدنا غير الامام هو انه لو كان الامام هو الوارث لم يبق محل لتوارث الكفار بعضهم من بعض مع انه لا اشكال في توارث الكفار بعضهم من بعض فيما إذا لم يكن الوارث مسلماً في طبقات الميراث .

ولا بأس بالتنبيه على امور الكافر وهو المنكر للتوحيد ولنبوة نبينا محمد (ص) سواء كان من أهل الكتاب كالنصارى واليهود أم غيرهما واما المرتد سواء كان ملياً أم فطرياً فهو من الكفار . والمراد بالملي ما كان أبواه كافرين ثم اسلم ثم عاد الى الكفر . والفطري ما عقد وتكون من نطفة وكان ابواه مسلمين أو أحدهما مسلماً فهو مسلم ثم ارتد فيكون مرتداً فطرياً .

الثاني اولاد الكفار يتبعون آباءهم كما ان أولاد المسلمين يتبعون آباءهم بل لو كان أحد ابويه مسلما يتبع اشرف الابوين ولذا تدفن الذمية الحاملة من مسلم في مقابر المسلمين مستدبرة للقبلة رعاية لاستقبال

حملها (١) ، ولولا الحكم باسلام الحمل لما دفنت في مقابر المسلمين مستدبرة القبلة لاستقبال حملها . وهذا كاف في تبعية الولد لاشرف الأبوين من غير حاجة الى دليل مضافاً الى الاجماعات المحكية في المبسوط مرة ونفي الخلاف اخرى بل يحكم باسلام من كان حين العلوق احد ابويه مسلماً فلو بلغ الولد وارتد يعد مرتداً فطريا . ويظهر ذلك من كلمات القوم ومن دفن الذمية الحاملة من المسلم . واما تبعية اولاد الكفار لآبائهم في الكفر والنجاسة فللاجماع بقسميه محصل ومنقول كما عن الجواهر والوسائل مضافاً الى صحيحة ابن سنان عن اولاد المشركين يموتون قبل ان يبلغ الحنث فقال كفار والله اعلم بما كانوا عاملين يدخلون مدخل آبائهم (٢) وخبر وهب بن وهب عن جعفر بن محمد عليه السلام قال : اولاد المشركين مع آبائهم في النار واولاد المسلمين مع آبائهم في الجنة (٣) . وفي حديث (فاما اطفال المؤمنين فانهم يلحقون بابائهم واولاد المشركين يلحقون بآبائهم) (٤) وهو قول الله عز وجل : (والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بايمان ألحقنا بهم ذريتهم) الآية (٥) .

اقول : هذه الروايات تثبت التبعية في الآخرة ولابد من حمل مضمونها على مالا يخالف قواعد العدلية . واما الاجماع فيمكن منعه لما يظهر من الكفاية حيث قال انه المشهور ، وفي نهاية الأحكام ان

(١) الخلاف كتاب الجنائز ج ١ مسألة ٩٢ ص ١١١ طبعة طهران .
(٢) الفقيه ١٥١ ج ٢ وفي البحار ج ٥ ص ٢٥٢ طبعة طهران .
(٣) البحار ج ٥ ص ٢٩٤ طبعة طهران .
(٤) فروع الكافي باب الاطفال من كتاب الجنائز الحديث ٣ .
(٥) سورة الطور آية ١٣ .

الأقرب تبعية اولاد الكفار لهم فانه يؤذن بالخلاف وقد يستدل للنجاسة بقوله تعالى : (ولا يلدوا الا فاجرا كفارا (١) وبأن الكفر والاسلام من قبيل العدم والملكة حيث ان الكفر هو عدم الاسلام ممن شأنه الاسلام فيشمل ولد الكافر وباطلاقات ادلة الكفر الشاملة لغير البالغ كمثل خبر حفص ابن غياث سألت ابا عبد الله (ع) عن الرجل من اهل الحرب اذا اسلم في دار الحرب فظهر عليه المسلمون بعد ذلك . فقال (ع) : (اسلامه اسلام لنفسه ولولده الصغار وهم احرار وولده ومتاعه ورقيقه له ، فاما الولد الكبار فهم فيء للمسلمين إلا ان يكونوا اسلموا قبل ذلك) (٢) ، ولكن لا يخفى انه يمكن الخدشة في ذلك اما الآية فهي اجنبية عن المقام اذ الظاهر منها انها في مقام الاخبار بأنه سيكون كافراً عند بلوغه بل دلالتها على عكس المطلوب اولى لما عرفت انها متعرضة لما بعد البلوغ لا قبله ، واما ان الكفر والاسلام من قبيل العدم والملكة ففيه منع ظاهر اذ يستفاد من قوله (ص) : (ان كل مولود يولد على الفطرة إلا ان يكون ابواه يهودانه وينصرانه (٣) انهما من قبيل الضدين مضافاً الى ان ذلك لو سلم لا يتحقق إلا في المميز واما الرضيع ونحوه لا يتأتى ذلك ، على انه يمكن ان يقال ان الاسلام هو عدم الكفر لا العكس . واما اطلاق خبر حفص ابن غياث فشموله لغير المميز محل نظر لكون دلالته على تبعية ولد الكافر له انما هو بالمقايسة مع امكان التفكيك بينهما بدعوى ان ولد المسلم تابع لوالده

(١) سورة يوسف آية ٢٧ .

(٢) الوسائل باب ٤٣ من ابواب جهاد العدو حديث ١

(٣) البحار ج ٢ باب ١١ ص ٨٧ عن الغوالي وعن الغرر والدرر للسيد المرتضى بهذا النص .

دون ولد الكافر باعتبار شرف الاسلام كما هو كذلك بالنسبة لما تولد بين مختلفين ولكن الانصاف ان ما عدى الاجماع من أدلة التبعية محل نظر واما الاجماع فلا يبعد الالتزام به .

ودعوى ان حديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم (١) برفع التبعية في غير محلها لما هو محرر في محله انها في مقام رفع المؤاخذة وليست في مقام رفع الحكم الوضعي كالنجاسة مثلاً ، كما يمكن دعوى ذلك في حديث رفع عن امتي تسعه أشياء لاختلاف لسان الحديثين اذ المراد من القلم في الأول السيئات وليس متعرضاً للحكم التكليفي او الوضعي بخلاف الثاني فان المرفوع نفس الفعل ، ويمكن دعوى بانه يرفع الحكم التكليفي والوضعي . ثم إنه بناءً على نجاسته من حيث التبعية لا يفرق بين ان يكون من حلال او من الزنا ولو في مذهبه لإطلاق معاقد الاجماعات وان منع اطلاق الاجماع في الجواهر قال ما نصه : (وقد يمنع الاجماع المزبور في المتولد منهما بغير النكاح الصحيح في حقه اقتصاراً على المتيقن منه في قطع الأصول والعمومات فانه محل نظر كما ذكره اخيراً . ودعوى ان نفي الولدية في الزنا يوجب عدم الالحاق في غير محلها ، إذ المستفاد من ادلة نفي الولدية هو نفيه في موارد خاصة كالتوارث ونحوه وفي غيرها فالمرجع الى اطلاق حكم الولد ، ولذا يقوى ان المتولد من الزنا من كافرين يلحق بهما فيحكم بنجاسة المتولد منهما لكونه ولداً حقيقة . هذا فيما اذا لم يكن احد الابوين مسلماً ، واما لو كان احدهما مسلماً فالولد تابع له لصدق تبعيته للمسلم فيدخل تحت قوله (ع) اسلامه اسلام لنفسه

(١) البحار ج ١٤ ص ٨٢ عن معاني الاخبار .

(٢) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس حديث ١ .

ولولده الصغار وفحوى ما دل على تبعية الولد لأشرف ابويه في الحرية ومنه يستفاد تبعية الولد المسلم من احد الابوين إذ الكافر في معرض الرقية مضافاً الى الاجماع على تبعيته لأشرف الابوين من غير فرق بين ان يكون عن نكاح صحيح او زنا لإطلاق معاقد الاجماعات ولكون المتولد من الزنا من مائة ولا ينافيه نفيه عنه شرعاً ، اذ الظاهر من من النفي نفي ما كان في اثباته امتنان على ولد الزنا كالتوريث ونحوه فينتفي بدليل نفيه دون ما كان الامتنان في نفيه عنه كالحكم بالنجاسة حيث ان رفعها موجب للامتنان دون اثباتها هـذا مما لا إشكال فيه فيما لو كان الزنا من الطرفين او الزنا من الكافر دون المسلم ، وانما الإشكال مالو انعكس الامر فهل يلحق بالمسلم أولا ؟ قال السيد في العروة ما نصه : (ولو كان احد الابوين مسلماً فالولد تابع له إذا لم يكن عن زنا بل مطلقاً على وجه مطابق لأصل الطهارة) والظاهر ان مراده انحصار دليل نجاسة ولد الكافر بالاجماع وهو دليل لبي يؤخـذ فيه بالقدر المتيقن وهو مورد الكفر من الطرفين ، ومع اسلام احد الطرفين يخرج عن الاجماع المذكور ولو كان الزنا من طرف المسلم فيكون مجال لجريان اصالة الطهارة على ان اطلاق معاقد الاجماعات على تبعية الولد لاشرف الابوين الحكم بالطهارة ولكن خالف في ذلك كاشف الغطاء (قده) فقوى الحاقه بالكافر وتبعه بعض الاعاظم في حاشيته على العروة ولكن لا يخفى ان اطلاق معاقد الاجماعات - وعدم تفصيل اكثر من تعرض لهذه المسألة - الحكم بطهارته كما نسب في شرح المفاتيح الى الاصحاب (انه اذا كان احد والدي الولد مسلماً حكم بطهارته) قال في الجواهر (كما يمنع الاجماع التبعية فيما كما لو كان احد ابويه مسلماً لتبعية الاشراف حينئذ بل في شرح الاستاذ انه الظاهر منهم للأصل وغيره من الاجماع وغيره)

ودعوى ان ولد الزنا من المسلمين محكوم بالكفر كما عن الصدوق والمرتضى والحلي قدس الله اسرارهم للنصوص الكثيرة كمرسلة الوشا انـه (ع) كرّه سؤر ولـد الزنـا واليهودي والنصراني والمشرك (١) وفي بعض الروايات انه رجس (٢) وانه شر (٣) وانه لا خير فيه (٤) وان لبن اليهودية والنصرانية والمجوسية احب اليّ من لبن الزنا (٥) ممنوعة إذ الظاهر من الأخبار الخبث الباطني لا النجاسة الباطنية كما يستفاد من قوله شرهم وانه لا يطهر الى سبعة آباء (٦) ، ولذا يقوى القول بالطهارة كما هو المشهور بين الاصحاب بل قام الاجماع على طهارته واسلامه وعليه المتأخرون جلهم ، وكما هو مقتضى الاصول والقواعد والاخبار وليس في قبال ذلك إلا اخبـار يستفاد منها الخبث الباطني غير المنافي لظاهر الاسلام كما لا يخفى . واما استصحاب نجاسة الولد قبل ولوج الروح ففيه مالا يخفى .

الثالث المرتد سواء كان فطريا أم مليأ اذا لم يكن وارث مسلم يرثه الامام ولا يرثه الكافر القريب وهو لا يرث المسلم وان نسب الى

(١) الوسائل كتاب الطهارة ب ٣ من ابواب الاسئار .

(٢) البحار ج ٥ ص ٣٨٥ الطبعة الجديدة .

(٣) نفس المصدر .

(٤) الوسائل كتـاب النكاح ج ٣ باب ١٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

(٥) الوسائل كتـاب النكاح ج ٣ باب ٧٦ من ابواب أحكـام الاولاد .

(٦) الوسائل كتـاب الطهارة ج ١ باب ١٦ من ابواب الماء المضـاف .

الصدوق ميراثه للكافر لو كان له وارث قريب لرواية ضعيفة فالقول بمضمونها ضعيف . فلذا القول الاول هو الاقوى للشهرة المتحققة بل الاجماع عليه ، ثم لا يخفى ان اموال المرتد الفطري للمسلم الوارث بالنسبة الى الاموال الموجودة حال الارتداد ولو تعقب بالتوبة بناء على ماهو المختار من قبول توبته باطناً وظاهراً بدعوى ان قوله لا تقبل توبته بالنسبة الى الاحكام الثلاثة المذكورة في موثقة عمار قال سمعت أبا عبد الله (ع) يقول : كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الاسلام وجحد نبوة محمد (ص) وكذبه فان دمه مباح لمن سمع ذلك منه وامرأته بائنة منه يوم ارتد ويقسم ماله على ورثته وتعتد امرأته عدة المتوفى عنها زوجها ، وعلى الامام ان يقتله ولا يستتيبه (١) . وهذه الرواية كما ترى مختصة بالمرتد الفطري ، وعلى ذلك يحمل اطلاق رواية ابن مسلم سألت ابا جعفر (ع) عن المرتد فقال (ع) : « من رغب عن الاسلام وكفر بما انزل على محمد (ص) بعد اسلامه فلا توبة له وقد وجب قتله وبانت امرأته منه فليقسم ما ترك على ولده » (٢) . كما ان اطلاق مرسل ابن محبوب عن الصادق (ع) في المرتد « يستتاب فان تاب والا قتل » (٣) يحمل عل المرتد الملي لرواية ابن جعفر عن اخيه سألته عن مسلم تنصر قال (ع) : « يقتل ولا يستتاب » قلت نصراني

(١) الوسائل كتاب الحدود باب ١ ان المرتد عن فطرة قتله مباح لكل من سمعه ج ٣ .

(٢) الوسائل كتاب الميراث باب ٦ حكم ميراث المرتد عن ملة وعن فطرة ج ٣ .

(٣) الوسائل كتاب الحدود باب ٣ ان المرتد عن ملة يستتاب فان تاب والا قتل . ج ٣ .

اسلم ثم ارتد قال (ع) يستتاب فان رجع والا قتل » (١) فبصدرها تقيد اطلاق مرسل ابن محبوب ولا يخفى ان المرتد الفطري لا تقبل توبته بالنسبة الى الاحكام الثلاثة او الاربعة المذكورة في الرواية من بينونة زوجته واعتدادها بعدة المتوفى عنها زوجها وقسمة امواله على الورثة والقتـــل لاقتران النفي أي قوله (ع) لا توبة له ولا يستتيبه بتلك الاحكام فيكون من قبيل الاقتران بما يصلح للقرينة . ولذا بالنسبة الى غيرها من الاحكام تترتب فلو تاب بالنسبة الى تلك الاحكام الاربعة لا تقبل توبته وما عداها تترتب مثل طهارة بدنه وصحة عباداته وتملك ما يكتسبه بالتجارة والحيازة وما يحصل له من الاسباب القهرية كالارث ونحوه . ودعوى ان المستفاد من الادلة سلب قابليته للتملك بالارتداد وبعد توبته لو قلنا بها يحصل الشك في القابلية فيستصحب عدمها أو انه بحكم الميت فيكون من قبيل ملكيته للدية الحاصلة بعد الموت أو ملكيته لما في الشبكة التي نصبها الشخص في حياته ثم مات ثم تنتقل الى ورثته ممنوعة إذ المستفاد من الادلة هو رفع هذه الاحكام الثلاثة بالارتداد ولو تعبدا فيبقى قابليته للملك على حالها فيملك ما يتجدد له من الملك قبل التوبة فضلا عما بعدها . وبالجملة المال الحاصل له قبل الارتداد ينتقل الى الورثة بارتداده لتعبد شرعي . واما قابليته للتملك باقية على حالها على انه لو شككنا في ان هذه الادلة دالة على نفي القابلية بمعنى انا نشك في دلالته على نفي القابلية بصورة مطلقة فلا مانع من استصحاب القابلية السابقة على الارتدار . نعم لو استفدنا منها عدم القابلية اصلاً وبعـــد التوبة نشك في عودتها يكون مجال

(١) الوسائل كتاب الحدود باب ١ ان المرتد عن فطرة قتله مباح لكل من سمعه ج ٣ .

لاستصحاب عدمها إلا أن ذلك محل نظر إذ لم تكن القابلية قد اخذت في لسان الدليل موضوعاً لاثر لكي تستصحب ، ومنه يعلم أن جعل المرتد بحكم الميت في غير محله إذ نفي بعض الآثار لتعبد شرعي لا يوجب جعله بحكم الميت بصورة مطلقة على ان جعله كذلك تثبت القابلية للتملك حيث يكون بحكم مال الميت فينتقل الى الورثة كما هو كذلك بالنسبة الى الدية والشبكة وله التزويج بالمسلمة بل له تجديد العقد على زوجته السابقة ان قلنا بقبول توبته لعدم كونها ابعد من الامرأة الاجنبية فكما يجوز عقد المرأة المسلمة الأجنبية يجوز له عقد هذه الامرأة ولو كانت في العدة لجواز عقد المرأة في العدة ان كان بائناً ، وإن كان رجعياً فنفس العقد رجوع . ودعوى انه يستفاد من الروايات البينونة المؤبدة فممنوعة إذ ظاهرها حصول البينونة . وأما الحرمة الابدية فلا دليل عليها . هذا بالنسبة الى المرتد الفطري .

واما المرتد الملي فعند ارتداده تبين زوجته ولا تقسم امواله إلا بعد القتل او الموت على المشهور بين الأصحاب تمسكاً باستصحاب الملكية مضافاً الى ظهور بعض النصوص بعد حملها على الملي كما في الكافي عن ابي عبد الله (ع) : « اذا ارتد الرجل المسلم عن الاسلام بانت امرأته كما تبين المطلقة ، فان قتل او مات قبل انقضاء العدة فهي ترثه ، ولا يرثها إن هي ماتت وهو مرتد عن الإسلام . هذا اذا كان المرتد رجلاً واما اذا كان امرأة بقيت اموالها على ملكها ولا ينتقل الى ورثتها إلا بموتها وتبين من زوجها في الحال بلا اعتداد ان كانت غير مدخول بها ومع الدخول ينفسخ النكاح وتعتد عدة الطلاق فان تابت وهي في العدة عادت الزوجية ، وان لم تتب بانت من زوجها ولا تقسم اموالها بين ورثتها لقول الباقر (ع) في خبر غياث بن ابراهيم لا تقتل الى ان

قال لا تقسم تركتها لاحتمال توبتها .

الرابع لو اسلم قبل القسمة . فان انفرد فله المال وإلا فما يستحقه للاجماع بقسميه وللاخبار المستفيضة كخبر عبد الله بن مسكان عن ابي عبد الله (ع) قال : « من أسلم على ميراث من قبل ان يقسم فله ميراثه . وان اسلم وقد قسم فلا ميراث له » (١) وخبر محمد بن مسلم عن احدهما قال من اسلم على ميراث قبل ان يقسم الميراث فهو له وان أسلم بعد ما قسم فلا ميراث له (٢) الى غير ذلك من الأخبار المستفاد منها ان الكفر المستمر الى ما بعد القسمة هو المانع من الميراث واما الكفر غير المستمر فهو غير مانع ، فمع تحقق الاسلام يكشف عن عدم وجود المانع للميراث وليس من قبيل الشرط المتأخر لكي يستشكل في تصويره وإن امكن تصويره بنحو التعقب ، ولازم ذلك كون النماء المتجدد بين الموت والقسمة هو لمن اسلم فيما بعد لا انه ينتقل بعد الاسلام .

ثم انه وقع الكلام فيما لو جهل تاريخ الاسلام والقسمة فهل يرجع الى أدلة مانعية الكفر او عموم أدلة الارث بعد تعارض اصالة تأخر كل من الحادثين او يبنى على ان الكفر مانع فتجري اصالة عدم المانع ، او ان الاسلام شرط فيحتاج الى الاحراز ؟ وجوه لا مجال للتمسك بادلة مانعية الكفر لكون المقام من التمسك بالعام بالشبهة المصداقية ، واما التمسك باصاله عدم المانع في الشك في مانعية الكفر فان كان اصلاً عقلائياً فلا محذور فيه ولكن الشأن في ثبوت ذلك وإلا

---

(١) الوسائل كتاب الميراث باب ٢ ان الكافر اذا أسلم على ميراث قبل قسمته .

(٢) نفس المصدر .

ان رجع الى اصالة عدم المانع السابق الذي هو من العدم الأزلي فهو من الاصول المثبتة ، فان العدم السابق مفاد ليس التامة ، والموجود هو مفاد ليس الناقصة ، فاستصحاب ما يكون مفاد ليس التامة لاثبات ما يكون مفاد ليس الناقصة من الاصول المثبتة ، وبعبارة اخرى استصحاب العدم المحمولي لاثبات العدم النعتي من الاصول المثبتة وان رجع الى عدم مانعية الموجود كما هو مفروض الكلام فلا حالة له سابقة حتى يستصحب . نعم لا بأس باصالة صحة القسمة مؤيدة باصالة عدم تحقق الانتقال لهذا المسلم الجديد ان لم يكن من الاصول المثبتة . وعلى كل فالمسألة محتاجة الى تأمل . هذا لو اسلم قبل قسمة الميراث .

واما لو اسلم بعد قسمة بعضه وقبل قسمة البعض الآخر فهل يشترك مع الورثة في جميع المال اولا ميراث له بالنسبة الى المال المنقسم ويشترك بالنسبة الى غير المنقسم ؟ قولان : الظاهر اشتراكه بالنسبة الى غير المنقسم لصدقه عليه انه اسلم قبل قسمة الميراث . واما بالنسبة الى المقسوم فلا يشترك لصدقه عليه انه اسلم بعد قسمة الميراث وعليه فالأقوى هو القول الأخير .

ثم لا يخفى ان القسمة انما تتحقق بالنسبة الى ما هو قابل للتقسيم لكي يصدق عليه انه اسلم قبل القسمة فلو خلف جوهراً غير قابل للانقسام واسلم بعد موت مورثه لا يصدق عليه انه اسلم قبل القسمة .

وبالجملة القسمة فيما هو قابل للانقسام فلا يشمل مالم يكن قابلاً لها ، فتقابل القسمة وعدمها كتقابل الملكة وعدمها لا تقابل السلب والايجاب ، كما انه لو كان الوارث واحداً فالمال ينتقل للوارث الواحد بنفس موت مورثه ، فلو اسلم بعد الموت لا يتصور في المال قسمة حتى يقال انه اسلم قبل القسمة ، ومثله مالو باع أحد الورثة حصته قبل

اسلامه فانه لو اسلم يكون اسلامه على مال منتقل لواحد فحاله حال مالو اسلم بعد القسمة . هذا كله فيما اذا كان الميت كافرا وله ورثة مسلمون وقد اقتسموا المال ثم أسلم بعض ورثته الذين كانوا كفاراً ، او كان الميت مسلماً وكان له ورثة مسلمون وكفار وقد اسلم قبل قسمة التركة .

واما لو كان الميت كافراً وله ورثة كفار وقد اسلم احد الورثة الكفار بعد قسمة المال فهل يحوز المال كله بنحو يسترجع سهام بقية الورثة ام لا ؟ ظاهر شيخنا في الجواهر هو الثاني وهو الحق لما يستفاد من الأخبار ان للاسلام عناية من الشارع حيث جعل ملك ورثة الكافر متزلزلاً حتى لو اسلم بعضهم قبل القسمة يكون له الميراث على خلاف قاعدة الميراث ، أي ما ترك الميت فهو لوارثه فان الوارث يملك بمجرد موت مورثه ، وهذا المعنى يستفاد من الأخبار لا بالصراحة حيث ان موردها مالو كان الميت مسلماً وكان له ورثة مسلمون وكفار ، فالمسلم يحجب الكافر ، او كان الميت كافراً وله مسلمون وكفار في الموردين وقع السؤال عنه كما لو اسلم قبل القسمة أو بعد القسمة . وبالجملة ان الناظر الى اخبار الباب يرى انه لو أسلم بعد قسمة ورثة الكفار عن ميت كافر ليس له أخذ سهام البقية .

وما ورد من ان المسلم يحجب الكافر فانما هو يحجبه عن ارثه أي لا ينتقل من الميت الى ورثة الكفار . ولازم ذلك ان يكون عند موت الكافر مسلماً موجوداً والمقام ليس كذلك . والحاصل ان ما ورد ان المسلم يحجب الكافر ولم يرد ان المسلم يأخذ اموال أقاربه الكفار .

الخامس المسلمون يتوارثون بعضهم من بعض للاجماع المحصل والمنقول وللكتاب والسنة إلا من حكم بكفرهم كالنواصب والغلاة

والخوارج وكل من خرج عن الدين بانكار ضرورياً من ضرورياته . ففي صحيحة ابي الصباح الكناني قال قلت لأبي جعفر (ع) : ان عندنا قوماً يقولون أشهد ان لا إله إلا الله وان محمداً رسول الله فهو مؤمن الى أن قال فما بال من جحد الفرائض كان كافراً (١) ، ومكاتبة عبد الرحيم القصير وفيها ولا يخرجه الى الكفر إلا الجحود والاستحلال بان يقول للحلال هذا حرام وللحرام هذا حلال ودان بذلك فعندها يكون خارجاً من الاسلام والايمان داخلاً في الكفر (٢) ، وفي صحيحة عبد الله بن سنان قال سألت أبا عبد الله (ع) الى ان قال فقال (ع) « من ارتكب كبيرة من الكبائر فزعم انها حلال اخرجه ذلك عن الاسلام » (٣) وعلى كل يستفاد من الأخبار ان المنكر للضروري يعد خارجاً عن الاسلام إذا كان بنحو التدين والالتزام ويصدق عليه انه لم يدن بالاسلام ، وعليه في الحقيقة يرجع الى انكار الرسالة بالنسبة الى ما دان به ، واما النواصب فيهم المبغضون لعلي (ع) واولاده سلام الله عليهم فان كفرهم قد استفاضت به الأخبار وعليه الاجماع بقسميه كما ان الغلاة كفرهم ظاهر لكونهم حلوليين . واما الخوارج الذين خرجوا لمحاربة علي وشبليه الحسن والحسين عليهم السلام وسبهم لعلي واولاده فكفرهم أظهر من أن يخفى ، بل هم أظهر افراد النواصب التي استفاضت الأخبار بكفرهم وما عدا هؤلاء هم مسلمون ، والمسلمون يرث بعضهم بعضاً وان اختلفت المذاهب كما لا يخفى .

---

(١) الوسائل ب ٢ من ابواب مقدمة العبادات حديث ١٣ .

(٢) الوسائل كتاب الحدود باب ١٠ من ابواب حد المرتد حديث ٥ .

(٣) الوسائل باب ٢ من ابواب مقدمة العبادات حديث ١٠ .

الأمر الثاني من الموانع للارث القتل ، فانه يمنع القاتل من الميراث إذا كان عن عمد ظلما بغير حق للاجماع بقسميه وللاخبار المستفيضة كصحيحة ابن سنان عن رجل قتل امه أيرثها ؟ قال : إن كان خطأ يرثها وان كان عمدا لم يرثها (١) ، وصحيحة محمد بن قيس قال : قضى أمير المؤمنين (ع) في رجل قتل امه قال : (إن كان خطأ فان له ميراثه وان كان قتلها معتمداً فلا يرثها) الخبر (٢) ، ورواية حفص ابن غياث عن طائفتين من المؤمنين أحداهما باغيـــة والأخرى عادلة اقتتلوا فقتل رجل من العراق أباه أو ابنه أو أخاه أو حميمه وهو من أهل البغي وهو وارثه قال : نعم لانه قتله بحق (٣) . وبهذه الرواية الأخيرة تخصص تلك الأخبار الدالة على ان مطلق القتل هو المانع من الارث كرواية ابي بصير قال : لا يتوارثان رجلان قتل احدهما صاحبه (٤) ، ورواية القاسم بن سليمان قال : سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل قتل امه أيرثها ؟ قال : سمعت أبي (ع) يقول : أيما رجل ذو رحم قتل قريبه لم يرثه(٥) الى غير ذلك من الأخبار المطلقة . نعم لو قتل خطأ لا يرث من الدية للاخبار الخاصة الدالة على حرمانه من الدية كالنبوي ترث المرأة من مال زوجها ومن ديته ويرث الرجل من مالها وديتها مالم يقتل احدهما صاحبه عمداً

(١) الوسائل كتاب الميراث باب ٨ ان القاتل عمداً لا يرث من الدية شيئاً .

(٢) نفس المصدر .

(٣) الوسائل كتاب الميراث باب ١٦ ان القاتل بحق يرث المقتول

(٤) الوسائل كتاب الميراث باب ٧ ان القاتل ظلماً لا يرث المقتول

(٥) نفس المصدر .

فلا ترث من ماله ومن ديته ، وان قتله خطأ ورث من ماله ولا يرث من ديته (١) . وفي الصحيح في امرأة شربت دواء وهي حامل ولم يعلم زوجها فالقت ولدها الى ان قال قلت فهي لا ترث ولدها من ديته مع ابيه قال : لا ، لانه قتلته فلا ترثه (٢) بحملها على الخطأ . واما رواية الفضيل بن يسار عن الصادق (ع) لا يرث الرجل اباه إذا قتله وان كان خطأ (٣) فمحمول على ارث الدية مضافاً الى انها مرسلة فلا تعارض تلك الأخبار . ويؤيد ذلك ما نقله الشيخ (قده) في الجواهر عن كثير من الفقهاء منع القاتل خطأ من الدية لا من التركة فالقول بعدم الارث مطلقاً ضعيف .

واما الخطأ الشبيه بالعمد فالحاقه بالعامد له وجه لصدق كونه عامداً وإن كان لا يبعد شمول الخطأ له كما لو ضرب شخص ولده لاجل التأديب فمات بسبب الضرب وكما في بعض التسبيبات الآتية ، وفي الحاق الصبي بالعامد نظر بل لا يبعد الحاقه بالخطأ . قال الشيخ في الجواهر عمد الصبي والمجنون بحكم الخطأ . ثم انه لايفرق في العامد بين المباشر كذبحه او رميه بالرصاص او كونه مسبباً كمن احضر طعاماً مسموماً بدون علمه فاكله ، او جعله في مسبعة فافترسته السباع ، أو حبسه في محل حتى مات جوعا وعطشاً ، واما بعض التسبيبات كمثل

---

(١) الخلاف كتاب الفرائض مسألة ٢٢ القاتل اذا كان عمداً في معصية فانه لا يرث المقتول .

(٢) الوسائل كتاب الميراث باب ٨ ان القاتل عمداً لا يرث من الدية شيئاً .

(٣) الوسائل كتاب الميراث باب ٩ ان القاتل خطأ لا يمنع من الميراث .

حفر بئر أو القاء مزالق أو معاثر في الطريق فيشكل إلحاقها بالقتل العمدي وان اوجبت الدية والضمان على مسببها على ما هو مذكور في محله .

ولا يخفى ان القاتل لما كان لم يرث يكون بحكم العدم فلا يكون حاجباً بل يكون الميراث للطبقات المتأخرة عنه لو لم يكن في طبقته ما يستحق الميراث ، فلو لم يكن له ولد غير القاتل ترث زوجته نصيبها الأعلى وهو الربع . كما ان القاتل لو كان هو الولد فقتل امه فزوجها يرث نصيبه الأعلى .

ثم لا يخفى ان الدية هي كسائر الأموال المتروكة فيخرج منها الديون والوصايا وهي تورث على حسب الميراث الشرعي فيأخذ كل مناسب ومسابب كالزوج والزوجة ، ويرث كل من يتقرب به للميت إلا من يتقرب له بالام كالاخوة والأخوات من الأم فانهم لا يرثون من الدية للاخبار المستفيضة كصحيحة ابن سنان قال : قضى امير المؤمنين عليه السلام ان الدية يرثها الورثة إلا الاخوة والأخوات من الام فانهم لا يرثون من الدية شيئاً (١) ، وصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) قال : (الدية يرثها الورثة على فرائض المواريث إلا الاخوة من الام فانهم لا يرثون من الدية شيئاً) (٢) ، الى غير ذلك من الأخبار الظاهرة في اختصاص عدم الارث من الدية بالاخوة والأخوات من الام ولا يعم مطلق من يتقرب بالام اقتصاراً على مافي النص . فالقول بخروج مطلق من يتقرب بالام وعدم ارثهم وان كان

---

(١) الوسائل كتاب الميراث باب ١٠ ان الدية يرثها من يرث المال الا الاخوة والاخوات من الام .

(٢) نفس المصدر .

المذكور خصوص الاخوة والأخوات في النص لكون ذكرهما من باب المثال ضعيف لا يلتفت اليه .

واما القصاص فيرثه كل من يرث المال ما عدا الزوج والزوجة فانهما لا يرثان القصاص للاجماع عليه وللاخبار المستفيضة إلا اذا صالح على القصاص اهلها فانها ترث الزوج والزوجة مما صولح عليها لدخولها تحت الدية وقد عرفت من النص والفتوى ارثهما من الدية ودعوى ان الزوج والزوجة لما لم يرثا من القصاص فينبغي عدم ارثهما من العوض في غير محله بعد فرض انه بالمصالحة يندرج تحت عنوان الدية ، كما ان دعوى انصراف الدية الى غير ذلك بعيدة لا وجه للالتزام بها ، اللهم إلا ان يقال انه بالنسبة الى القصاص مع مصالحة اولياء المقتول واخذ عوض القصاص لا تكون دية وإنما هو للاولياء اخذ العوض والزوج او الزوجة اجنبية عن ذلك لعدم كونهما من اولياء المقتول ، وكونهما يستحقان من الدية لا يلازم استحقاقهما من عوض القصاص الا ان الاجماع المنقول والمحصل والاخبار الدالة على ارث الزوج والزوجة من عوض القصاص وان لم يرثا من القصاص هو الحجة في المقام (١) . نعم لما كان اخوة الام واخواتها لا يرثون من الدية شيئاً فلازمه عدم ارثهم لحق القصاص اذ لو كان لهم من القصاص كان لهم من الدية ، على انه نقل عدم الخلاف كما عن السرائر ان كلالة الام لا ترث من الدية ولا من القصاص والقود والله العالم .

الأمر الثالث الرق فلا يرث الرقيق من الحر ولا الحر من الرقيق ولو قلنا بملكه لانتقاله الى مالكه بالملك لا بالموت لكي يكون

---

(١) راجع الوسائل كتاب الميراث باب ١٠ ان الزوج يرث الدية وكذا الزوجة .

موروثاً للاجماع بقسميه المنقول والمحصل وللنصوص المستفيضة من غير فرق فين اقسام العبد بين القنّ والمدبر وغيرهما حتى المبعض فانه يرث بمقدار ما هو محرر . هذا إذا لم يعتق قبل قسمة الميراث ، واما اذا اعتق قبل قسمة الميراث فانه يشاركهم ويأخذ حصته منهم إلا اذا كان الميراث لواحد فانه لا يتصور فيه القسمة لكي يقال حصل العتق قبل قسمة الميراث ، او باع أحد الشريكين حصته على الآخر ثم اعتق فانه لا يشارك الوارث لعدم صدق ذلك . ولا يخفى انه لو لم يكن للميت وارث غير المملوك فانه يشترى ويعتق ويدفع اليه الباقي للاجماع على ذلك مضافاً الى الأخبار المستفيضة كخبر سليمان بن خالد عن أبي عبد الله (ع) قال كان امير المؤمنين يقول في الرجل الحر يموت وله أم مملوكة قال : تشترى من مال ابنها ثم تعتق ثم يورثها (١) . ورواية جميل بن دراج قال قلت لأبي عبد الله (ع) الرجل يموت وله ابن مملوك قال : يشترى ويعتق ثم يدفع اليه ما بقي (٢) الى غير ذلك من الأخبار الدالة على وجوب شراء المملوك الوارث وعتقه . ولا يخفى ان ذلك فيما اذا لم يكن له وارث حر ولو بعيداً ، واما لو كان له وارث حر بعيد فيدفع المال اليه ولا يملك القريب وقد ادعي على ذلك الاجماع مضافاً الى ذيل رواية عبدالله بن سنان فان في ذيلها ، قوله : إذا لم يكن له ذووا قرابة لهم سهم في كتاب الله ، (٣) بل قيل ان المملوك الوارث يشترى ويعتق فيما إذا لم يكن وارث مطلقاً سواء كان من ذي قرابة او ضامن الجريرة فان الحكم بذلك إذا لم يكن له وارث مطلقاً ما عدا الامام هو المشهور بين الأصحاب لما يظهر من رواية

---

(١) و (٢) و (٣) الوسائل كتاب الميراث باب ٢٠ ان الحر اذا مات وليس له وارث حر .

دعائم الاسلام : (اذا مات الميت ولم يدع وارثاً) الخبر ، فان اطلاق لم يدع وارثاً يراد منه عدم الوارث مطلقاً حتى مثل ضامن الجريرة .

اقول ولولا عمل المشهور بهذا الاطلاق لامكن الإشكال عليه ، إذ الظاهر من الوارث في لسان الدليل هو ما كان في طبقات الميراث لانصراف اللفظ اليه ولا يشمل مثل ضامن الجريرة ، اللهم إلا ان يقال بمنع هذا الانصراف لكونه ناشئاً من غلبة الوجود لا من كثرة الاستعمال . وكيف كان فهل الفك مخصوص بالابوين او يشمل غيرهما ؟ ظاهر الأصحاب هو مطلق الأقارب وليس مخصوصاً بالأبوين لورود النص في الجد والجدة والأخ والاخت مع العلم بعدم الخصوصية لهذه المذكورات مضافاً الى اطلاق رواية دعائم الاسلام : إذا مات الميت ولم يدع وارثاً وله وارث مملوك يشترى ويعتق ويعطى باقي التركة بل قيل بوجوب الشراء لو لم يكن وارث حر ووجد زوج او زوجة لاطلاق رواية الدعائم المتقدمة ، وخصوص الصحيح كان علي (ع) إذا مات الرجل وله امرأة مملوكة اشتراها من ماله فاعتقها ثم ورثها (١) ، الظاهر انها في خصوص الزوجة . ولا يخفى انه اذا ثبت في الزوجة ثبت في الزوج للاتفاق على عدم الفرق بين الزوج والزوجة ، ثم انه لو كان الزوج مملوكاً يشترى ويعتق ويدفع الباقي اليه لوجود الرد ، وفي الزوجة يدفع لها ربع الباقي والباقي للامام لعدم الرد عليها وان كان ظاهر النص يدفع الجميع لها إلا انه يلزم الخروج عن ظهوره ، لانه لو جاز الرد عليها لزادت على الحرة فان في الحرة حسب ما يأتي انه لا رد عليها . هذا كله لو كان مال الميت يفي بشراء المملوك الوارث ، واما لو لم يف

(١) الوسائل كتاب الميراث باب ٢٠ ان الحر اذا مات وليس له وارث حر .

بشرائه بأن قصر عنه ، الذي عليه جماعة شراؤه ويستسعى العبد في الباقي نظراً الى عدم الفرق بين شراء بعضه وشراء الكل فان الشراء في نظر الشارع مطلوب وشراء البعض يوجب العتق فيساويه في الحكم . ودعوى ان ذلك قياس والسنة إذا قيست محق الدين ممنوعة ، فان ذلك من تنقيح المناط لا من القياس . ثم انه هل يحتاج الى جريان صيغة العتق بعد الشراء ام يكفي نفس الشراء في حصول العتق ؟ وجهان لا يبعد ان يكون الشراء في المقام كشراء العمودين أو كالعبد المشترى من مال الزكاة وان كان الأحوط جريان صيغة العتق من الحاكم الشرعي ، وان لم يكن فعدول المسلمين والله العالم .

الأمر الرابع من الموانع اللعان : لا يخفى ان عدّ اللعان من الموانع تسامح إذ هو مزيل للمقتضي ، والمانع إنما يرفع أثر المقتضي بناء على ان اللعان ينفي الولدية واما بناء على نفي التوارث فقط كما سيأتي بيانه فيكون من الموانع حقيقة ولأجل ذلك ان القوم اطلقوا عليه مانعاً . وكيف كان فهو يقطع التوارث بين الزوجين المترتب على القذف أي رمي الزوجة بالزنا مع المشاهدة ، ويقطع التوارث بين الولد والوالد المترتب على نفي الولد ، فاللعان يحصل من سببين والأصل في ذلك قوله تعالى في سورة النور : (والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا انفسهم فشهادة أحدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين) وعن عبد الرحمن بن الحجاج قال ان عباد البصري سأل أبا عبد الله وانا حاضر كيف يلاعن الرجل امرأته ؟ فقال ابو عبد الله (ع) : « ان رجلاً من المسلمين أتى رسول الله (ص)

فقال : يارسول الله ارأيت لو ان رجلاً دخل منزله فرأى مع امرأته رجلاً يجامعها ما كان يصنع ؟ فاعرض عنه رسول الله (ص) ، فانصرف الرجل وكان ذلك الرجل هو الـذي ابتلي بذلك من امرأته قال فنزل الوحي من الله عز وجل بالحكم فيها ، فارسل رسول الله على ذلك الرجل فدعاه انت رأيت مع امرأتك رجلاً ؟ فقال : نعم ، فقال له : انطلق فاتني بامرأتك فان الله انزل الحكم فيك وفيها فاحضرها زوجها فوقفها رسول الله (ص) ثم قال للزوج : اشهد اربع شهادات بالله انك لمن الصادقين فيما رميتها به ، فشهد ثم قال اتق الله ان لعنة الله شديدة ثم قال اشهد الخامسة ان لعنة الله عليك ان كنت من الكاذبين قال فشهد ، فامر به فنحي ، ثم قال لامرأته اشهدي اربع شهادات بالله ان زوجك لمن الكاذبين فيما رماك به فشهدت ، ثم قال لها امسك فوعظها ثم قال لها اتق الله فان غضب الله شديد ، ثم قال لها اشهدي الخامسة ان غضب الله عليك ان كان زوجك من الصادقين فيمـا رماك فشهدت ففرق بينهما ، وقال لهما لا تجتمعا بنكاح ابداً بعدما تلاعنتما (١) الى غير ذلك من الأخبار الدالة على ان التلاعن يوجب زوال الفراش المترتب عليه الميراث ، وقد عرفت انه يحصل بالقذف ونفي الولد وان قيل انه لا يحصل اللعان الا بنفي الولد لخبر أبي بصير لا يكون اللعان إلا بنفي الولد (٢) الا انه واضح الفساد لمنافاته لمـا ورد في صريح القرآن فانه نص في كون قذف الزوجة موجب للعان كما تراه في قوله

---

(١) الوسائل كتاب اللعان باب ١ كيفيته وجملة من احكامه ج ٣

(٢) الوسائل كتاب اللعان باب ٩ انه لا يثبت اللعان الا بنفي الولد والقذف .

تعالى (والذين يرمون ازواجهم الآية) (١) فاللعان يحصل بقذف الزوجة الدائمة مع المشهادة ويحصل بانكار الولد الممكن لحوقه به فلا يتحقق بما يكون اقل من ستة اشهر او يكون اكثر من أقصى الحمل بنحو لا يلحق به بلا خلاف نصاً وفتوى ، فاذا حصل لا يحصل التوارث بين الوالد وولده ، وكذا التوارث بين الولد وبين كل من يتقرب بالأب كالجد والجدة للاب والاعمام والعمات نعم ترث امه ومن يتقرب بها كالأخ والاخت للام والأخوال والخالات الا إذا اعترف الاب بعد اللعان لولده بان كذب نفسه فانه يرثه دون العكس للاجماع بقسميه منقول ومحصل وللاخبار المعتبرة كصحيحة الحلبي عن ابي عبد الله (ع) فان ادعاه ابوه لحق به وان مات ورثه الابن ولم يرثه الاب (٢) ، ورواية محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) وفيه فقلت إذا أقر به الاب هل يرث الأب ؟ قال : نعم ولا يرث الأب الابن (٣) ، وعنه ايضاً عن أبي عبد الله قلت يرد اليه الولد إذا اقر به قال : لا ولا كرامة ، ولا يرث الاب ويرثه الابن مضافاً الى انه اقرار بالولد واقرار العقلاء جائز . ودعوى ان هذا الاقرار لا ينفع لانه لو اثبت عنوان الولدية فينبغي ان يرثه الوالد مع انه لا يرث نصاً واجماعاً ، وان كان يثبت الميراث فهو اقرار في حق الغير ولا ينفع هذا الاقرار ممنوعة ، لان ذلك لو كان من الاقرار اثبات الولد المتكون منه أي من مائه لتم ما ذكر ، وان كان الاقرار يثبت الولد الشرعي فلا مانع من ان

(١) سورة النور آية ٦ .

(٢) الوسائل كتاب الميراث باب ٢ ان الأب اذا اقر بالولد بعد اللعان ورثه الولد ولم يرثه الاب .

(٣) نفس المصدر .

يترتب عليه الولد شرعاً من جهة دون جهة . وعلى كل نحن في غنى عن مثل الاقرار ونحوه لما عرفت من النص والفتوى بعدم ارث الأب له فيما لو كذب نفسه . نعم فيما لو اوقف الوالد على اولاده ولاعن أحد أولاده فحينئذ ينتفي الولد ويخرج من الموقوف عليهم فلو كذب نفسه وأقر بذلك فهل يدخل في جملة الموقوف عليهم أم لا ؟ لا يبعد عدم دخوله إذ هو اقرار في حق الغير ، كما ان الكلام في الوصية كذلك .

والذي ينبغي ان يقال ان اللعان إنما ينفي التوارث ولا ينفي الولدية فمع لعانه يمكن دخوله في الوقف أو الوصية مع العلم بولديته واما لو كذب نفسه باقراره بانه ولده فالظاهر انه يدخل في الموقوف عليهم ، ويدخل في عنوان الوصية ان كان لعانه بعد الوقف وقلنا بخروجه باللعان ، واما لو لاعن ثم اوقف فحينئذ يختص ببقية الأولاد ، فلو اعترف بانه ولده بعد اللعان فلا يدخل في الموقوف عليه والوصية لكونه اقراراً في حق الغير وليس كذلك بالنسبة الى الأول ، فانه لو لاعن بعد الوقف يمكن دعوى عدم خروجه لان اللعان ينفي التوارث . نعم لو قلنا بخروجه باللعان يشكل العودة الى الموقوف عليه لو كذب نفسه لكون الجميع اختص بهم فيكون من قبيل اقرار في حق الغير وكذا الكلام في الوصية . نعم لو كان الوقف على العنوان فيكون حاله حال من يولد بعد ، وحينئذ لا يبعد دخوله . ثم ان الأب لو تبرأ عن جريرة ولده ومن ميراثه ثم مات الولد يرثه ولا يرثه اقارب ابيه للاجماع من المسلمين كما عن السرائر والتنقيح ، وادعى في الجواهر ان ارثه من الواضحات للاصول والقواعد المستفادة من الكتاب والسنة من ارث اب لابنه ولا دليل مخرج سوى رواية يزيد بن خليل في فرض

المسألة الى ان قال ميراثه لأقرب الناس الى ابيه (١) ، ومضمرة أبي بصير عن المخلوع تبرأ منه ابوه عند السلطان ومن ميراثه وجريرته لمن ميراثه ؟ فقال : قال علي (ع) هو لأقرب الناس اليه (٢) . ولا يخفى ان الأولى شاذة لا يعمل بها والثانية مضمرة مع انه ينصرف لفظ السلطان الى الجور فيلوح عليها التقية ، على انه يمكن ان يكون الميراث للاب لانه اقرب الناس اليه فان لم يكن موجوداً فلا قرب الناس اليه فلذا الأقوى ما ذكرناه .

الخامس من الموانع الغيبة المنقطعة فلو غاب شخص وانقطعت اخباره فيتربص بامواله ولا تقسم بين ورثته حتى يعلم بموته او يمضي عليه زمان لا يعيش به عادة كمائة سنة مثلاً على المشهور بين الاصحاب بل الاجماع عليه مضافاً الى بعض الأخبار التي يستفاد منها ذلك مثل صحيحة هشام بن سالم قال سأل خطاب الاعور أبا ابراهيم (ع) وانا جالس فقال انه كان عند ابي اجير يعمل عندهم باجرة ففقدناه وبقي من الاجر شيء ، وفي التهذيب ولا نعرف له وارثاً قال : لطلبوه قلت قد طلبناه فلم نجده قال مساكين وحرك يده فاعاد عليه فقال اطلب واجهد فان قدرت عليه وإلا فهو كسبيل مالك حتى يجيء له طالب فان حدث بك حدث فاوص به ان جاء لها طالب ان يدفع اليه (٣) . ولا يخفى ان الامر بالوصية يدل على بقائه على ملكه ، واما التشبيه

---

(١) الوسائل كتاب الميراث باب ٧ حكم من تبرأ من جريرة ولده وميراثه من ابواب ولد الملاعنة .

(٢) نفس المصدر .

(٣) الوافي المجلد الثالث وفي الوسائل كتاب الميراث ج ٣ باب حكم ميراث المفقود والمال المجهول المالك .

بماله فلجواز التصرف به ، واما تحديده بعشر سنين لرواية علي بن مهزيار قال سألت أبا جعفر الثاني (ع) عن دار كانت لامرأة ولها ابن وبنت وغاب الابن في البحر وماتت المرأة فادعت ابنتها ان امها كانت صيرت هذه الدار لها وباعت اشقاصها منها وبقت في الدار قطعة الى جنب دار رجل من اصحابنا وهو يكره ان يشتريها لغيبة الابن وما يتخوف ان لا يحل شراؤها وليس يعرف للابن خبر فقال (ع) لي : ومنذ كم غاب ؟ قلت منذ سنين كثيرة ، فقال (ع) : ينتظر به غيبة عشر سنين ثم يشترى ، فقلت اذا انتظر به غيبة عشر سنين يحل شراؤها ؟ قال : نعم (٢) ولا يخفى ان الظاهر منها التحديد وان الموجب للحل هو مضي عشر سنين إلا ان الرواية ضعيفة لأن في طريقها سهل بن زياد فلذا لا يعمل بها إلا ما ينقل عن الاسكافي ، وعن المفيد على ما يظهر من عبارتهما مع امكان حمل كلامهما على خلاف ذلك . واما التحديد باربع سنين كما ينسب الى جماعة فليس له وجه إلا الاستفادة من الروايات الدالة على تربص الزوجة المفقود عنها زوجها اربع سنين بعد رفع امرها الى الحاكم الشرعي وتعتد بعد ذلك على ما تقدم سابقاً ، وتقريب الاستفادة هو ان الفروج أهم من الأموال في نظر الشارع ، فاذا حدد الشارع الغيبة المنقطعة باربع سنين بالنسبة الى الفروج ففي الأموال بطريق أولى ، ولكن لا يخفى إن الأولوية لم تصل الى حد القطع لكي يؤخذ بها وإنما هي اولوية ظنية لا تثبت حكماً بل هي أشبه بالقياس « والسنة اذا قيست محق الدين » . واما الموثق المفقود يحبس ماله عن الورثة قدر ما يطلب في الأرض اربع سنين ، فان

---

(١) الوسائل كتاب ميراث باب حكم ميراث المفقود والمال المجهول ج٣

لم يقدر عليه قسم امواله على الورثة (١) فليس دالاً على التحديد إذ يمكن حمله على الاعطاء الى الورثة اذا كانوا ملاء لا بنحو التمليك بل بنحو القرض جمعاً بينها وبين موثقة اسحاق بن عمار الى ان قال : ان كان ورثة الرجل ملاء بماله اقتسموه بينهم فان جاء هو ردوا له ماله (٢) . ولا يخفى ان الظاهر منها هو بقاء المال على ملك صاحبه الموافق لاصالة بقاء المال على ملك مالكه مضافاً الى الشهرة بل الاجماع مع موافقته للاحتياط فلذا يتعين القول به . اذا عرفت ما مهدناه لك من المقدمة فاعلم انه يقع الكلام في الموضوع الذي يتعلق به غرض الكتاب وهو على قسمين الوصايا والمواريث ،

---

(١) الوسائل كتاب الميراث باب حكم ميراث المفقود والمال المجهول المالك .

(٢) نفس المصدر .

القسم الاول
في الوصايا

بسم الله الرحمن الرحيم

الوصايا جمع وصية وهي اما مصدر وصى يصي بمعنى الوصل أي ايصال تصرف الشخص في حياته الى ما بعد الموت أو اسم مصدر وصى يوصى توصية بمعنى العهد كما عن المبسوط والتذكرة أنها أخذت بالمعنى الأول أي أوصل الشخص تصرفاته في حياته الى ما بعد مماته ، والظاهر هو الثاني لاستعمالها فيه في الكتاب والسنة وعرف المتشرعة كما يظهر ذلك للمتتبع ، وعند المتشرعة عرفت بتعاريف عديدة كتمليك عين أو منفعة بعد الوفاة ونحوها ، ولا يخفى أن هذه التعاريف ليست بحقيقية وانما هي لفظية ، وليس الغرض منها إلا جمع أقسام الوصية فان منها تسليطاً ، ومنها تمليكاً ، ومنها فكاً للملك كالتدبير بناءً على كونه من الوصية لاستفادة ذلك من بعض النصوص كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) المدبر من الثلث له ان يرجع في ثلثه ان كان قد أوصى به في صحة أو مرض (١) ، وفي الموثق عن المدبر هو من الثلث ؟ قال : نعم وللموصي ان يرجع في وصيته (٢) . وهذه التعاريف المذكورة ليست جامعة لتلك الاقسام ولو جامعاً لفظياً بحيث يجمع التسليط والفك إلا ما يظهر من الشهيد من تعريفه بأنها تنفيذ حكم المكلف أو ما بحكمه ، وأراد مما بحكمه هو المميز غير البالغ فانه بحكم المكلف

(١) الوسائل كتاب التدبير باب ٢ يجوز الرجوع في التدبير كالوصية

(٢) نفس المصدر .

في نفوذ وصاياه على ما سيجيء بيانه ان شاء الله ، وقد أورد عليه بأن التنفيذ ليس من فعل الموصي وانما هو من الوصي واجيب عنه بأنه من فعله أيضاً ، فان وصيته تعتبر تنفيذاً لمقاصده فلذا يقال وصية نافذة في ثلثه فيكون من فعله .

وكيف كان فقد وقع الحث على محبوبية الوصية وأنها من المستحبات الاكيدة بل قيل بوجوبها لما يستفاد من الكتاب العزيز كقوله تعالى : « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية » (١) والمراد بالخير المال ، واذا عين الموصي شيئاً فليس لأحد تبديله لقوله تعالى : « فمن بدله بعدما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه » (٢) واستفادة الوجوب من لفظة « كُتب » إلا أن رواية العياشي عن ابي بصير في الصحيح عن أحدهما (ع) قال : « هذه الآية منسوخة بآية الفرائض » (٣) ولكن لا يخفى ان دعوى آية الوصية نسخت بآية المواريث باطلة لعدم المنافاة بين الآيتين لكي تكون آية المواريث ناسخة كما ان دعوى آية الوصية منسوخة بما روي لا وصية لوارث محل منع إذ الخبر الواحد لو سلم من كل قدح لا يفيد إلا الظن فلا ينسخ حكم الكتاب القطعي . ودعوى ان تلقيه بالقبول يجعله كالمتواتر وبذلك يكون ناسخاً للحكم القطعي ممنوعة لنقل بعض الاعاظم من علماء السنة ان البخاري ومسلم لم يرتضيا اسناد روايته على انه معارض بحديث آخر يدل على ان آية الوصية مخصصة بآية المواريث لا أنها منسوخة فقد نقل عن ابن عباس انها خاصة بمن لا يرث من الوالدين والأقربين

(١) البقرة آية ١٨٠ .

(٢) النساء آية ١٠ .

(٣) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٥ جواز الوصية للوارث .

كالوالدين الكافرين ، وعن السكوني عن جعفر بن محمد عن ابيه (ع) (من لم يوص عند موته لذي قرابة ممن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصية (١) مضافاً الى ان هذا الحديث روي مختوماً بذيل قوله (ع) ألا لا وصية لوارث بما زاد على الثلث (٢) ولاجل ذلك حملت رواية العياشي على التقية او على نسخ الوجوب ، ونسخه يدل على الاستحباب بناءاً على ان الوجوب مركب من رجحان الفعل والمنع من الترك والنسخ يتوجه على الفصل الذي هو المنع من الترك ، ولازمه ان يتقوم الجنس الذي هو رجحان الفعل بفصل الندب الذي هو الاذن في الترك لعدم معقولية بقاء الجنس بلا فصل ، كما انه بناءاً على ان الوجوب والندب من المعاني البسيطة وانهما من سنخ الارادة وليس بينهما اختلاف الا بحسب المرتبة فنفي المرتبة الشديدة توجب بقاء الرجحان الضعيف المرتبة الضعيفة وهو معنى الاستحباب . نعم بناءاً على ان الوجوب والندب ليسا من سنخ الارادة وانما الوجوب من قبيل الوجود المطلق أي غير المحدود والندب من الوجود المحدود فيشكل بقاء الندب بعد نسخ الوجوب . هذا في مقام الثبوت ، واما في مقام الاثبات فتارة يكون دليل الناسخ الحاكم على دليل المنسوخ له نظر وحكومة بنحو يرفع جميع مراتب المنسوخ فيوجب رفع اليد عن دليل المنسوخ وأخرى لم يكن كذلك بل له حكومة ونظر يرفع بعض مراتب المنسوخ ويبقى البعض الآخر وحيث ان المقام من قبيل النحو الثاني وان دليل الناسخ يرفع بعض مراتب

---

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٤ كراهة ترك الوصية .

(٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٥ جواز الوصية لوارث إلا ان نص الحديث عن النبي (ص) في خطبة الوداع الى ان قال ولا تجوز الوصية لوارث باكثر من الثلث .

المنسوخ الذي هو الالزام فيؤخذ بظهور دليل المنسوخ ويثبت نفس الرجحان الذي هو الاستحباب ، بل لو شك في مقدار رفع دليل الناسخ فيؤخذ بالقدر المتيقن فيه وهو حمله على نفس الالزام ويؤخذ بظاهر دليل المنسوخ ويثبت الرجحان ويثبت الاستحباب ، وعليه يستفاد من لفظة (كتب) في الآية الشريفة الاستحباب ، كما أنه يستفاد الاستحباب أيضاً من الأخبار الدالة على الحث على الوصية ، فقد روى ابن بابويه والشيخ عن سليمان بن جعفر عن أبي عبد الله (ع) قال : قال رسول الله (ص) : من لم يحسن وصيته عند الموت كان نقصاً في مروته وعقله ، قيل يا رسول الله وكيف يوصي الميت ؟ قال : اذا حضرته الوفاة واجتمع الناس اليه قال اللهم فاطر السموات والأرض عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم اللهم اني أعهد اليك في دار الدنيا اني اشهد ان لا إله إلا أنت وحدك لا شريك لك وان محمداً عبدك ورسولك وان الجنة حق والنار حق ، وان البعث حق والحساب حق والقبر حق والميزان حق ، وان القرآن كما انزلت ، وانك أنت الله الحق المبين ، جزى الله محمداً (ص) خير الجزاء وحيى الله محمداً وآل محمد بالسلام اللهم يا عدتي عند كربتي ويا صاحبي عند شدتي ويا ولي نعمتي إلهي وإله آبائي لا تكلني الى نفسي طرفة عين أبداً فانك ان تكلني الى نفسي أقرب من الشر وأبعد من الخير ، فآنس في القبر وحشتي واجعل لي عهداً يوم القاك منشوراً ، ثم وصى بحاجته وتصديق هذه الوصية في القرآن في السورة التي يذكر فيها مريم في قوله عز وجل : « لا يملكون الشفاعة إلا من اتخذ عند الرحمن عهداً » ، فهذا عهد الميت ، والوصية حق على كل مسلم ان يحفظ هذه الوصية ويعلمها ، قال أمير المؤمنين (ع)

علمنيها رسول الله وقال رسول الله (ص) علمنيها جبرئيل ... الخبر (١) وقد وردت عدة أخبار بمضمون واحد وهو ان الوصية حق على كل مسلم ، وروى الشيخ قدس سره في كتاب المصباح انه لا ينبغي أن يبيت إلا ووصيته تحت رأسه ، وفي المقنعة عنه عليه السلام من مات بغير وصية مات ميتة جاهلية ، وفي نوادر الراوندي قال : قال النبي (ص) : من مات على وصية حسنة مات شهيداً ، ومن لم يحسن وصيته كان ذلك نقصاً في عقله ومروته ، والوصية حق على كل مسلم (٢) ، وقد ورد ان المريض إذا أشرف على الموت لابد له من راحة تسمى براحة الموت لأجل الوصية كما في خبر الكافي عن الوليد بن صبيح قال صحبني مولى لأبي عبد الله (ع) يقال له (اعين) فاشتكى أياماً ثم برىء ، ثم مات فأخذت متاعه وما كان له فأتيت به أبا عبد الله (ع) فاخبرته انه اشتكى ثم برىء ثم مات قال : تلك راحة الموت اما انه ليس من أحد يموت حتى يرد الله عز وجل من سمعه وبصره وعقله للوصية أخذ أو ترك (٣) الى غير ذلك من الأخبار الدالة على محبوبية أصل الوصية بل تجب الوصية إذا ظهرت امارات الموت بايصال ما تحت يده من أموال الناس من الودايع والامانات الى أهلها خصوصاً إذا خفيت على الورثة وكذا ما عليه من الحقوق الشرعية كالخمس والزكاة ورد المظالم ، ولو كان الورثة محاويج جاز احتسابها عليهم وان كانوا ممن تجب نفقتهم على المورث لانقطاع الوجوب عنه بالموت إلا انه يستحب دفع شيء منها لغيرهم لرواية علي

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٣ استحباب الوصية بالمأثور .

(٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ١ وجوب الوصية على من عليه حق .

(٣) الوسائل كتاب الوصايا باب ٤ كراهة ترك الوصية .

ابن يقطين في الصحيح قلت لابي الحسن الاول عليه السلام رجل مات وعليه زكاة وأوصى ان يقضى عنه الزكاة وولده محاويج إن دفعوها أضرّ بهم ذلك ضرراً شديداً ، فقال يخرجونها فيعودون بها على أنفسهم ويخرجون منها شيئاً فتدفع الى غيرهم (١) وان كان يظهرمنه وجوب الدفع الى غيرهم إلا ان الاصحاب لم يلتزموا بذلك بل متسالمون على استحباب دفع بعض ما اوصى به من الزكاة الى غيرهم ويجب دفع ما عليه من الديون والضمانات والديات واروش الجنايات بل ما عليه من الواجبات البدنية كالصلاة والصوم مع عدم الثقة بادائها وعليه تحمل تلك الأخبار المستفاد منها الوجوب . نعم يستحب له الإيصاء فيما اذا كان يعلم بحصول من يوصل الامانات الى أهلها أو عنده ولي يؤدي عنه الصيام والصلاة هذا بالنسبة الى أصل الوصية .

وأما بالنسبة الى المقدار الموصى به فالأخبار الكثيرة الواردة المصرحة بانه ليس للمرء إلا ثلث ماله كرواية شعيب بن يعقوب عن أبي بصير قال سألت أبا عبد الله (ع) : عن الرجل يموت ماله من ماله ؟ فقال : له ثلث ماله (٢) ، وعن علي بن يقطين قال سألت أبا الحسن ما للرجل من ماله عند موته ؟ قال : الثلث والثلث كثير الى غير ذلك من المطلقات الدالة على انه ليس له إلا الثلث وان لم يوص إلا انه توجد روايات بمضمون انه مع عدم الوصية ليس له من ماله شيء ، ففي رواية ابن عمير عن ابن سنان اي عبد الله عن

(١) الوسائل كتاب الزكاة باب ١٤ دفع الزكاة الى واجب النفقة ليصرفه في التوسعة ج ٣ حديث ٥ الطبعة القديمة .

(٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٠ جواز الوصية بثلث المال ج ٢ .

أبي عبد الله قال ما للرجل عند موته ؟ قال : ثلث ماله وان لم يوص فليس على الورثة امضاؤه (١) ، فان مثل هذه الرواية توجب تقييد تلك المطلقات . مضافاً الى انه بعد التأمل في تلك المطلقات ترى انها واردة في مقام الوصية وفي مقام بيان ان ليس له ان يوصي بتمام المال وتنفذ الوصية في الجميع ولو لم يجز الورثة كما ادعاه علي بن بابويه (قدس سره) من نفوذ الوصية من الاصل ، قال ابن بابويه فان أوصى بالثلث فهو الغاية في الوصية ، فان أوصى بماله كله فهو أعلم بما فعل ويلزم الوصي انفاذ وصيته على ما أوصى تمسكاً بالرضوي فان أوصى بماله كله فهو أعلم بما فعله ، وفى الخبر الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح ان أوصى به كله فهو جائز (٣) ، ومثله أخبار اخر . وبالجملة تلك الأخبار المتقدمة ليس فيها اطلاق لكي يؤخذ باطلاقها ومن شرط التمسك بالاطلاق أن يكون فى مقام البيان من تلك الجهة وقد عرفت انها فى مقام بيان انه ليس له إلا الثلث فتكون معارضة للاخبار الدالة على ان له ان يوصي بتمام المال ولو لم تجز الورثة .

واما هذه الأخبار التي استند اليها علي بن بابويه وأفتى بمضمونها فليست دالة على مدعاه ، وانما تدل على جواز التصرف بما شاء مع اجازة الورثة وعدم ردهم لها ، مضافاً الى الأخبار الكثيرة الدالة على انه ليس له إلا الثلث كرواية الحسين بن محمد الرازي قال كتبت الى أبي الحسن (ع) الرجل يموت فيوصي بماله كله فى ابواب الخير أو

(١) و (٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ١١ جواز الوصية بثلث المال ج ٢ .

(٣) الوسائل كتاب الوصايا باب ١١ ان من أوصى بأكثر من الثلث ج ٢ .

بأكثر من الثلث هل يجوز ذلك له وكيف يصنع الوصي ؟ فكتب : « تجاز وصيته مالم يتعد الثلث » (١) ، وما عن التهذيب عن علي بن عقبة عن أبي عبد الله (ع) عن رجل حضرته الوفاة فاعتق مملوكاً ليس له غيره فابى الورثة ان يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه ؟ قال (ع) : « ما يعتق منه إلا ثلثه وسائر الورثة أحق بذلك ولهم ما بقي » ، وان كنا فى غنى عن هـذه الروايات لكونها تدل على كون المريض محجوراً عليه أيام مرضه إذا تعقب به الموت ويستفـاد ان منجزاته من الثلث على ما سيجيء ان شاء الله تعالى . وعلى كل فالاخبار الكثيرة فى الوقائع المتعددة تدل على انه ليس للشخص إلا ثلث ماله مع عدم اجازة الورثة ويظهر ذلك للمتتبع (٢) .

اذا عرفت ذلك فاعلم انه يقع الكلام فى الوصية من جهات .

الأولى : انه لا اشكال فى احتياج الوصية الى ايجاب تنشأ به ويقع بكل ما يدل عليه من لفظ صريح كقوله أوصيتك بكذا ، وتسمى بالعهدية من قولهم عهد اليه ان يعمل الامر الفلاني ، أو وصيت لزيد بكذا ، وتعرف بالوصية التملكية ، أو غير صريح بنحو يستفاد منه انه فى مقام الوصية ولو مع القرينة كقولهم هـذا لزيد بعد وفاته ، فان قوله هذا لزيد من دون ضم باقي الجملة اليه يحتمل كونه هبة أو اقراراً ، بل الظاهر كفاية الكتابة والاشارة مع القدرة على الكلام ، ومع احراز كونه بصدد الوصية حتى لو وجد خطه وامضـاؤه بنحو يعلم منه ارادة

---

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ١١ ان من أوصى باكثر من الثلث

(٢) نعم فى خصوص من ليس له وارث خاص تجوز وصيته فى جميع امواله كما عن التذكرة وبه قال ابو حنفية والشافعي واحمد فى احد قوليه .

الوصية فيجب تنفيذها كما يستفاد ذلك من الاخبار كقوله لا ينبغي لامرىء مسلم ان يبيت إلا ووصيته تحت رأسه ، ورواية الصدوق عن ابراهيم بن محمد الهمداني قال كتبت اليه الى ان قال إلا انه كتب كتاباً فيه ما أراد ان يوصي به هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك ؟ فكتب ان كان له ولد ينفذون كل شيء يجدون في كتاب ابيهم في وجه البر وغيره (١) . ومنه يظهر عدم اختصاص الاشارة والكتابة بحال الضرورة كما عن جماعة (٢) .

ثم لا يخفى ان الوصية بقسميها عهدياً وتمليكياً تفتقر الى الايجاب أما العهدية فهي ان يطلب التصرف فيما يعود الى ذمته في محل خاص أو باخراج مال من ثلثه لمن ينوب عنه في العبادات من الصلاة والصيام والحج والزيارة أو بوقف أو بقية أنواع الخيرات والمبرات ، واما التمليكية فهي الوصية لشخص معين بالتملك لشيء بعد وفاته ، بان يقول هذه الدار لزيد بعد وفاتي أو للنوع كالفقراء والعلماء ، أو الوصية للجهات العامة كالمساجد والمدارس والخانات للزوار فانها كلها مفتقرة الى الايجاب بكل ما دل على انشاء الوصية ، وربما يقال بان التمليك للنوع من الوصية العهدية إذ لا معنى لتمليك النوع وانما هي مصارف لكنه ممنوع إذ لا محذور في تمليك النوع كالزكاة للفقراء بناءً على انه للتمليك كما هو ظاهر اللام في قوله تعالى : « انما الصدقات للفقراء » الآية ،

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٤٨ جواز الوصية بالكتابة ج ٢

(٢) وعن أبي حنيفة واحمد ان اشارة الموصى وكتابته كالنطق فيما اذا اعتقل لسانه واستمر به ذلك زمناً طويلاً بنحو يكون كالاخرس خلافاً لابن ادريس ومالك فانهما اشترطا ذلك . الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ .

بل لا محذور في تمليك العنوان كما هو ربما يقال بالنسبة الى التمليك للحكومة وانها تملك وان كان فرق بين المقام وبين عنوان الحكومة ، ففي المقام كلي ينطبق على افراده كعنوان الفقراء والعلماء فان كل فرد من الافراد يملك بعد القبض والانطباق ، واما الحكومة فملكية العنوان ملكية اعتبارية قائمة بنفسها والاشخاص التي تتألف منها الهيئة الحاكمة انما هي كاجزاء لذلك العنوان أو كمنشأ لاعتبار ذلك العنوان وان كان كل فرد من أفراد الهيئة الحاكمة اخذت على نحو البدلية ، وعلى ذلك يتصور التمليك للحكومة وتملكها مع مساعدة العرف لذلك فان الملكية لما كانت امراً اعتبارياً يحصل من اعتبار المعتبر وقد اعتبر العقلاء ذلك ، ولو منعنا عن ملكية مثل هذا العنوان أي الهيئة الحاكمة لمنعنا ملكية النوع كالفقراء والعلماء لأن النوع أيضاً أمر اعتباري والفرق بينهما من حيث التملك بالقبض والانطباق غير فارق ، ولذا التزم بعض مشائخنا في درسه وقال بانه لا مانع من ملكية المنافع والاعيان للهيئة الحاكمة المسماة بالدولة ، وادعى مساعدة العرف الذي هو منشأ التمليك بذلك وعليه بنى صحة القرض لهم من دون اشتغال ذمة أحد منهم بالخصوص ، ويؤيد ذلك انه لا معنى لكون السلطان هو المالك بشخصه اذ ربما يكون صغيراً أو سفيهاً ، والانصاف أن تصور ذلك ممكن ووقوعه لا محذور فيه مع اعتبار العقلاء والعرف ذلك . نعم يحتاج بالنسبة الى اصدار المعاملات منها الى امضاء شرعي لا بالنسبة الى تملكها . ودعوى ان التملك لتلك الهيئة الحاكمة قد امضيت من قبل الشارع ، فان مثل الجسور والسفن والبريد كانت في زمان المعصوم سلام الله عليه بلا نهي وردع منه وهو كاف للامضاء في محل المنع ، وانما الاذن والامضاء ورد بالنسبة الى خصوص الخراج والمقاسمة دون

غيرهما ، وعدم الردع لا يكفي مع احتمال عدم السماع منه (ع) مضافاً الى ان تملك الهيئة الحاكمة لما كان أمراً معقولاً ومتصوراً وليس محذوراً في تملك الهيئة الحاكمة للمعاملات المباحة كالبريد والمشاريع المحللة فلا حاجة الى الامضاء الشرعي في اصل التملك ، نعم يحتاج الى مراجعة الحاكم الشرعي لاصدار بعض المعاملات كبيعها وايجارها وقرضها وسائر المعاملات المباحة كما هو كذلك بالنسبة الى العنوان القابل للانطباق كالوقف على العلماء والسادات فمع وجود المتولي المنصوب من قبل الواقف فهو الذي يرجع اليه وإلا فيلزم مراجعة الحاكم الشرعي بأخذ اذن في التصرف . هذا بالنسبة الى الوقف على العنوان .

واما الوقف الخاص كالوقف على البطون فمع عدم نصب المتولي من الواقف يكون الموقوف عليهم هم المتولون ، فان حقيقة الوقف الخاص نحو من التمليك ، واما بالنسبة الى الهيئة الحاكمة فمع انها هي المالكة ليس قابلة لاصدار المعاملات لذا يلزم مراجعة الحاكم الشرعي باخذ اجازة منه بالنسبة الى التصرفات التي تصدرها الهيئة الحاكمة واما شخص الهيئة الحاكمة ليس له اعطاء التولية لأحد يتصدى في اصدار تلك المعاملات لعدم تملك تلك الاشخاص بالخصوص وانما الملكية قائمة باعضاء تلك الهيئة على نحو البدل . فظهر مما ذكرنا ان مراجعة الحاكم الشرعي ليس في أصل تملكها بل لصحة تلك المعاملات الصادرة من أعضاء الهيئة الحاكمة أو لمن تنصبه تلك الهيئة الحاكمة . ودعوى انه بناء على ان الهيئة الحاكمة هي المالكة فلها ان تنصب من تشاء لاصدار تلك المعاملات ممنوعة لما عرفت ان تلك الهيئة ليس لها قابلية للنصب كما هو كذلك بالنسبة الى الأوقاف العامة غير المنصوب فيها متول خاص يلزم بمراجعة الحاكم الشرعي ، بل ربما يقال بانه لا معنى

لتملك الهيئة الحاكمة لأن الملكية أمر اعتبـاري ، فعلى القول بتملك الهيئة الحاكمة تكون تلك الملكية قائمة بامر اعتباري بنحو لا ينطبق على ما في الخارج بنحو يملك بالقبض كما هو بالنسبة الى تملك العنوان كالعلماء والسادات ، فان من يقول بالملكية لا يقول بتملك اعضاء الهيئة ولا يخفى ان هـذا الذي ذكرنا يجري بالنسبة الى البنوك والمصارف الحكومية فعلى القول بملكية تلك الهيئة الحاكمة ولها التصرف وملكيتها متحققة بالنسبة الى المعـاملات ولها ان تنصب من تشاء لاصدار تلك المعاملات المباحة من القرض والبيع والرهن ونحو ذلك من دون مراجعـة الحاكم الشرعي ، فحينئذ يشكل القرض المشتمل على الربح من تلك البنوك والمصارف التي راجعة الى الحكومة فانه يكون من الربا القرضي المسلم حرمته (١) فيحتاج الى التخلص والفرار من الربا

(١) ولم يشترطوا في حرمته شرطاً بل ذكروا ان كل قرض يشترط فيه النفع فهو من الربا المحرم بخلاف الربا في المعاملة فقد اشترط الفقهاء امرين اتحاد الجنس وكون مورد المعـاملة من المكيل والموزون كبيع منٍّ من الحنطة بمن وكيلو منها لرواية ابن بكير عن عبيد بن زرارة قال سمعت ابا عبد الله (ع) يقول : لا يكون الربا الا فيما يكال أو يوزن (١٠) ، وغيرها من الاخبار الكثيرة الدالة على اعتبار اشتراط الكيل والوزن في حرمة الربا ، واما لو لم يكن من المكيل او الموزون فلا حرمة في اشتراط الزيادة ، فلو كان يباع بالعدد كالبيض او الجوز فلا بأس به لرواية داود ابن الحصين عن منصور قال سألته عن الشاة بالشاتين والبيضة بالبيضتين قال لا بأس مالم يكن كيلاً او وزناً(٢٠)=

(١٠) و (٢٠) الوسائل كتاب التجارة باب ٦ ان الربا لا يثبت الا في المكيل والموزون من ابواب الربا .

المحرم ، وما يقال بأن الربح لم يؤخذ في معاملة القرض بالنسبة الى البنوك فلا يحرم القرض منها وان اشتمل على الربح فهو في محل المنع لان الربح من الامور المأخوذة في المعاملة وليس مثل الشروط المتقدمة على المعاملة المسماة بشروط التباني بناء على كونها من الشروط

=الى غير ذلك من الأخبار الدالة على جواز بيع الجنس الواحد بالتفاضل فيما اذا لم يكن من المكيل والموزون ولو كان من المعدود ، ومن هذا القبيل الأوراق النقدية كالدنيار العراقي والتومان والنوط وسائر الأوراق النقدية فانها لم تكن من المكيل والموزون فلا يجري عليها الربا المعاملي فيجوز التفاضل فى البيع بها فى الزيادة والنقيصة .

بيان ذلك ان مالية المال تارة تكون ذاتية وهي كلما يحتاجه البشر بحسب مصارفه الأولية من المأكل والملبس ونحو ذلك من الحديد والخشب وامثالهما فان ماليتها غير متوقفة على جعل جاعل لتنافس العقلاء عليها ، وأخرى تكون ماليته بالجعل والاعتبار ، فتارة يكون بالجعل العام كالأوراق النقدية ، وأخرى تكون باعتبار ما يترتب عليها من الآثار الخاصة كطوابع البريد والمالية وتذاكر القطار ومصلحة نقل الركاب وبطاقات يا نصيب فمثل هذه الأمور فاقدة الاعتبار من حيث المالية إذ المالية فى مثلها باعتبار تلك الآثار الخاصة وتلك غير معتبرة عند العقلاء مالا وانما هي ورقة يترتب عليها أثر خاص فى نطاق جعلها وذلك لا يجعلها مما يتنافس عليها العقلاء بخلاف الأوراق النقدية ، فان ماليتها مما يتنافس عليها العقلاء فيبذل بازائها المال من حيث الجعل والاعتبار=

الابتدائية التي لا يجب الوفاء بها بل انها من الامور المأخوذة فى المعاملة المعلوم اخذه عند الطرفين ، فالربح في هذه المعاملة كشرط ضمني ولذا وقع الاشكال من بعض الاعلام بالنسبة الى القرض المأخوذ من البنوك لبنائه على تملك تلك الهيئة بالنسبة الى المشاريع المباحة وغير محتاجة الى

= كالية الأحجار الكريمة والمعادن بل قد ترجح عند العقلاء على الاحجار لكونها اخف للنقل من الذهب والفضة وان كان نحو المالية تختلف ففي غير النقدية ذاتية وفيها جعلية ، فهي بالجعل والاعتبار من الدولة بان تحمل كل ورقة شعاراً خاصاً يوجب فيها المالية وان كانت الدولة التفتت الى ان ذلك لا يكفي فى جعلها مالا بل يحتاج فى دعمها الى ان تلتزم بنفسها على دفع ما يقابلها من المال لو طلبت دولة أخرى أو شركة اجنبية ، ولكن هذا لا يكفي فى المعاملة بها إلا فى الداخل فان ارادت الدولة تعزيز عملتها فى الخارج فضلاً عن الداخل فتضطر لدعمها بان تدخلها فى منطقة الاسترليني بان تجتمع مع دول عديدة وتدفع مقداراً من الذهب فتودعه في احد البنوك العالمية وربما سحبتها من تلك المنطقة بان تسحب ما لديها من الوثيقة الاحتياطية وتودع مالديها من الوثائق وتودعه فى البنك الحكومي المؤسس في تلك الدولة مع دعمها بما تمتاز به تلك الدولة من معادن وثروات طبيعية كالنفط والكبريت والفحم وما شاكل ذلك .

فالأموال المودعة بتلك البنوك العامة اوالمودعة فى البنك الحكومي فى تلك الدولة المدعومة بثروات البلاد من النفط والفحم والكبريت =

الاذن الشرعي في صحة تصرفات ما يصدر من الهيئة الحاكمة بالنسبة الى المعاملات المباحة وصحة تصرفات من تنصبه تلك الهيئة الحاكمة وان يدها حينئذ تكون يد ملك فيحكم بما تحت يدها بانه لها ان لم يعلم بكون المال المعين للغير كما هو شأن كل يد فان المشكوك كون ما تحت اليد لذي اليد أم لغيره فبقاعدة اليد يحكم بكونه لصاحب

= يكون ذلك هو الرصيد الاعتباري للاوراق النقدية خارجاً وداخلاً .

اذا عرفت ذلك فاعلم ان هذه التغطية من مالية الأوراق النقدية لا تجعلها من المكيل والموزون لذا لا يجرى فيها حكم الربا فيجوز بيع عشرة دنانير باثنى عشر ديناراً فانه وان اتحد فيه الجنس إلا انه ليس من المكيل والموزون الذي هو الشرط الثاني من تحقق الربا على ان تكون حقيقتها المعاوضة الحقيقية وان تنشأ صيغتها بمقتضى المعاملة الحقيقية ، واما اذا كان المقصود هو القرض وانشأ المعاملة انشاءاً صورياً فيشكل العمل عليها . ومما ذكرنا من الفرق بين الأوراق النقدية والذهب بان مالية الأول جعلية ، والثاني ذاتية ، فالأحكام المترتبة على خصوص الذهب لا تترتب على الأوراق النقدية كالزكاة فانها تترتب على الذهب والفضة المسكوكين بسكة المعاملة ومالم يكن من الذهب والفضة فليس عليه زكاة مع اجتماع شرائطها من بلوغ النصاب وبقائه حولاً كاملاً راجع الوسائل كتاب الزكاة ابواب زكاة النقدين ، فلذا الأقوى عدم الزكاة في الأوراق النقدية لو بقي نصاب الزكاة حولاً أو أحوال متعددة .

اليد إلا اذا علم انه بشخصه للغير فنفس الاحتمال بان ما هو بيد الهيئة الحاكمة من المشاريع المحللة المملوكة لها موجب للحكم بكون ما تحت يد الهيئة الحاكمة هو لها وانه ملك لها وتترتب احكام الربا وغيره على تلك المعاملات . هذا بالنسبة الى الهيئة الحاكمة ، واما مثل عنوان العلماء والفقراء والسادات الذي يظهر من الاصحاب الالتزام بصحة تملك العنوان ويجعلون من أوصى الى تلك العناوين من الوصية التمليكية وليس من الوصية العهدية . نعم لا يبعد كون الوصية الى الجهات كالمدارس والمشاهد والمساجد من سنخ الوصية العهدية إذ يبعد تملك الجهة ، وعليه تكون الوصية بهذه الجهات مصارفاً كما قيل بالنسبة الى أصناف المستحقين للزكاة لا بنحو التمليك وانما هي مصارف وان كان ظاهر اللام في قوله تعالى : « انما الصدقات للفقراء والمساكين » (١) لتمليك العنوان إلا انه يلزم الخروج عن ذلك الظهور بناء على عدم تصور تملك الجهة كالأمور الخيرية المدرجة تحت قوله تعالى : وفى سبيل الله ، كالمساجد والمدارس والأماكن المعدة للزائرين وباقي الامور الخيرية التي هي أحد الأصناف المذكورة فى الآية لحفظ وحدة السياق . فعليه يلزم ان تكون اللام فى جميع الاصناف للاختصاص بمعنى يختص صرف الزكاة فى الاصناف المذكورة فى الآية وبذلك يرتفع ظهور اللام فى الآية فى الملك . نعم لا مانع من استفادة تملك العنوان كالفقراء والمساكين فى الزكاة من دال آخر ، اللهم إلا ان نقول وفاقاً لبعض مشائخنا (قده) من تصوير تمليك الجهة كمثل الاوقاف الراجعة الى

---

(١) سورة التوبة آية ١٠ .

العتبات المقدسة والمشاهد المشرفة والمدارس والخانات فلذا يصح القرض من منافع تلك الاوقاف كما هو المتعارف من أوقاف الامام ثامن الائمة سلام الله عليهم وارجاع الجميع الى تمليك المسلمين لا وجه له إلا بدعوى كون المالك من ذوي الشعور وهو فى محل منع وإلا لمنع من تمليك العنوان إذ طبيعي المالك للزكاة لا شعور له . فعليه تكون اللام فى الآية المذكورة للتمليك فى جميع الأصناف ، ولكن الانصاف ان الالتزام بذلك محل نظر ، إلا مع مساعدة العرف وبناء العقلاء على ذلك . ودعوى ذلك تحتاج الى دليل بل يمكن دعوى ان العرف والعقلاء لا يعتبرون هذه الجهات هي المالكة وان اعتبروا مالكية العنوان كالفقراء والعلماء والسادات ولا يعتبر فى المالكية شعور وادراك بالفعل . نعم يعتبر ان يكون قابلاً للانطباق على ذي شعور ، فنفس القابلية للانطباق يصيره مالكاً عندهم ، ولذا قلنا ان الميت لا يكون مالكاً لعده من الجمادات عرفاً . واما الاتصاف بالشعور والادراك بالفعل فليس معتبراً فى الاتصاف بالمالكية عندهم .

الجهة الثانية في أن الوصية من العقود أو من الايقاعات فنقول يستفاد من الأخبار عدم اعتبار القبول فى الوصية العهدية بل يجب القيام بما عهد وبما أوصى به بمجرد الموت وعدم الرد فى حياة الموصي واما الرد بعد وفاته فلا أثر له لتحقق السبب وهو تحقق الايجاب المعلق على الوفاة ، والظاهر انه برد الوصي لا تبطل الوصية مالم يرجع الموصي فى وصيته وعليه يرجع الأمر الى الحاكم الشرعي فانه يقوم بتنفيذ الوصية مباشرة أو تسبيباً . نعم لو علم ان انشاء الوصية على نحو وحدة المطلوب فبالرد تبطل الوصية ، واما الوصية التمليكية فما كان من قبيل تمليك العنوان كالعالم ونحوه ، فلا اشكال فى عدم اعتبار

القبول إذ لا معنى لقبول العنوان المملك له ، وقبول بعض الأفراد ترجيح بلا مرجح بل لا معنى لقبول الفرد المنحصر به ذلك العنوان لعدم تملك الفرد إلا بانطباق كلي عليه ، فقبول الفرد ورده اجنبي عن تملك العنوان فلذا التزم من قال باعتبار القبول في الوصية التمليكية بقبول الحاكم الشرعي ، ولكن لا يخفى ان ذلك ليس من وظائف الحاكم الشرعي فان له الولاية على الغائب أو المال الذي لا وارث له ونحو ذلك والمقام ليس من هذا القبيل مضافاً الى كونه خلافاً للسيرة المستمرة من المتشرعة بالايصاء الى العناوين كالفقراء والسادة والعلماء ولا سيما الايصاء الى الجهات كالقناطر والخانات المعدة للزائرين والمدارس بناءً على صحة تمليك الجهة فان الوصية تصح وتتحقق في جميع ذلك ولا يرجع في ذلك الى الحاكم الشرعي لا في حياة الموصي ولا بعد موته بل الوصي يقوم بتنفيذ ما أوصاه الموصي بعد وفاته من الأمور العهدية والتمليكية . . واما الوصية التمليكية التي تكون من قبيل تمليك لشخص خاص كهذا لزيد بعد وفاتي فهل القبول معتبر من الموصى له أم لا ؟ قال بالأول جماعة بل نسب الى المشهور فيكون من العقود استناداً الى ان دخول الشيء في ملك شخص خاص يفتقر الى قبوله ، وقد اختلفت كلمات الأصحاب في اعتبار القبول هل هو بنحو الجزئية أو الشرطية ، وعلى الثاني هل هو بنحو النقل أو الكشف ؟ ؟ الظاهر من يقول ان الوصية من العقود هو اعتبار القبول بنحو الجزئية وبه يتم العقد ويترتب الملكية . ومن هذا التزم بعضهم بتحقق القبول بعد الوفاة لكي يحصل التطابق بين الايجاب والقبول ، واما لو حصل حال الحياة فلا تحصل المطابقة كما لو حصل قبل الوصية ولكن لا يخفى ان العقد يتحقق بالقبول ولو قبل الوفاة إذ المطابقة تحصل مع حياة

الموصي لأن القبول رضى بالايجاب ولو كان الايجاب معلقاً على الموت واما من اعتبر القبول شرطاً سواءٌ كان ناقلاً أم كاشفاً ، وسواءٌ كان الشرط للعقد كما هو ظاهر اكثر من يقول بالشرطية أو شرطاً للموت كما يظهر من المحقق (قدس سره) فهو لا يقول بكون الوصية من العقود بل هي من الايقاع إلا انه ليس من الصريح ولا تنافي بين الايقاعية ، وكون القبول شرطاً لكون شرطيته انما هي فى مقام التأثير تتوقف على القبول بل حتى اذا اعتبرنا القبض فى مقام التأثير لا ينافي الايقاعية لرجوعها الى مقام التأثير ، الظاهر وفاقاً لمن تأخر عدم اعتبار القبول أصلاً لا بنحو الجزئية ولا الشرطية فهو من الايقاع المحض قال فى الحدائق اني لم اتحقق فى الأخبار مايدل على اعتبار القبول وان كانت الوصية لمعين بل ربما يظهر من اطلاقها العدم ثم ذكر الأخبار الصحيحة كصحيحة زرارة عن أبي جعفر (ع) في رجل أوصى بثلث ماله فى أعمامه وأخواله فقال لأعمامه الثلثان ولأخواله الثلث (١) وان اعترف فى آخر كلامه بأنه خلاف ما يفهم من كلامهم ، وقوى (السيد قدس سره في العروة) ذلك أيضاً بما لفظه : (ويحتمل قوياً عدم اعتبار القبول فيها . . الخ) . نعم بما ان فى التملكية الشخصية حقيقة الايجاب فيها ادخال المال في ملك الغير وهو يتوقف على رضاه ، فمع الرد تحصل المانعية فى التأثير وقال الشيخ (قدس سره) فى شرائط العقد ان حقيقة الوصية هي الايصاء بعد قوله وهو أي القبول شرط لا ركن . بيانه ان العقد مأخوذ فى مفهومه المعاهدة والمعاقدة وهذا لا يحصل إلا بالايجاب والقبول المرتبط بالايجاب ، وفى الوصية لما لم يكن فيها معاهدة ومعاقدة بل صرف

---

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٦٢ حكم من أوصى لأعمامه واخواله ج ٢ .

ايصاء فلا حاجة الى القبول أصلاً ، أما في العهدية فعدم وجود المعاهدة والمعاقدة واضح ، فلذا تصح وتتحقق مع عدم التفات الوصي نعم له الرد في حياة الموصي كما هو مستفاد من الأخبار ، واما التمليكية فحقيقتها جعل الشيء ملكاً للغير بعد موته من دون معاهدة ومعاقدة . نعم ادخاله في ملك الغير يحتاج الى رضاه ، فمع عدم رضاه يكون مانعاً من تأثير الايجاب ، وسره هو ان ادخاله في ملك الغير بدون رضاه يوجب ان يكون الموصي ذا سلطنة على الغير وليس من شؤون سلطنة الشخص على ماله السلطنة على غيره ففي تنفيذ الوصية يتوقف على رضاه وعدم رده فهو يشبه العقود من حيث التنفيذ ويشبه الايقاع من جهة عدم المعاهدة والمعاقدة . هذا غاية توضيح كلام شيخنا الأنصاري (قدس سره) وقد أورد بعض من علق على قوله « شرط لا ركن » بأن ركنية القبول لا تنافي الايقاعية فان الشرطية انما هي في مقام التنفيذ وكذا الركنية أيضاً في مقام التنفيذ والتأثير ويكون حاله حال القبض كما ان القبض لو قلنا باعتباره مع كونه ركناً في مقام التأثير لا ينافي الايقاع كذلك القبول مع كونه ركناً لا ينافي الايقاعية ، ولكن لا يخفى ان غرضه (قدس سره) من الركنية هو الجزء فتكون الوصية حينئذ من العقود فنفى (قدس سره) كون القبول ركناً أي جزءاً وقال انه شرط والشرطية ترجع الى مقام التنفيذ والتأثير ولذا فرع على ذلك بقوله لو مات قام وارثه مقامه ، فانه لو كان القبول معتبراً بنحو الركنية لما كان وجه لقيام الوارث مقام مورثه ، إذ عليه تكون الوصية من العقود فيحتاج الى ايجاب وقبول ، فموت الشخص بعد الايجاب قبل القبول يوجب رفع اثر الايجاب ، والانصاف ان قيام الوارث مقام مورثه انما هو بمساعدة الدليل ولولاه لما صح قيام

الوارث ، ولو كان القبول اخذ بنحو الشرطية يكون حاله حال القبض في الهبة في اعتباره في مقام التأثير ، فلو مات الموهوب له بعد الايجاب والقبول قبل القبض يشكل قيام الوارث مقامه ، اللهم إلا ان يقال ان الملكية المنشأة بعد الموت متحققة على تقدير كون القبول شرطاً بعد موت المورث ويحتاج الى امضاء من قبل الشارع والامضاء معلق على القبول فمع موت المورث الشارع أمضى الملكية المتحققة بقبول الوارث لا انه يرث القبول بخلاف مالو قلنا بأن القبول ركن ليكون من العقود ، فقبل القبول لا ملكية أصلاً . فأي معنى لقيام الوارث مقام مورثه إلا انه يبقى سؤال الفرق بين موت المورث قبل القبض في الهبة وبين موت المورث قبل القبول بناءً على شرطيته وليس إلا قيام الدليل في الثاني دون الأول .

وكيف كان فقد ظهر مما ذكرنا ان مقتضى العمومات هو عدم الاحتياج الى القبول لا بنحو الجزئية ولا بنحو الشرطية وانما المستفاد من الدليل ان عدم الرد كاف في الدخول في ملك الموصى له . ودعوى انه يستلزم الملك القهري مع انه لا يوجد غير الارث ممنوعة فانه لا مانع من الالتزام به اذا ساعدنا الدليل كما عرفت من ظاهر الآيات والأخبار كما اعترف به صاحب الحدائق مضافاً الى وجود نظير له وهو الوقف الخاص كالوقف على البطون بناءً على ما هو الحق من تلقي البطن اللاحق الوقف من الواقف لا من البطن السابق ملكية قهرية .

الثالثة : بناءً على اعتبار القبول هل يكفي القبول في حال الحياة أم لابد من القبول بعد الوفاة فلا يكفي وقوعه في حال الحياة ؟ قيل بالثاني وينسب الى العلامة (قدس سره) محتجاً له بوجهين الأول بعدم

حصول الملكية حال الحياة ، الثاني عدم التطابق بين الايجاب والقبول حيث ان الايجاب معلق على الموت والقبول في حال الحياة فلا تطابق بينهما وتبعه على ذلك جماعة حيث قالوا ان القبول قبل الموت ، كالقبول قبل الوصية مضافاً الى ان القبول اما كاشف أو ناقل ويمتنع تحققه في حال الحياة بكلا النحوين ، ولكن لا يخفى ان القبول هو الرضى بما انشأ فالمنشأ ان كان فعلياً فالرضى به فعلي ، وان كان معلقاً فالرضى به معلق وبذلك تتحقق المطابقة ، وأجاب بعض بحصول المطابقة في حال الحياة بتقريب ان الملكية متحققة ـ فيها أي ـ في حال الحياة ولولا ذلك للزم تخلف المنشأ على الانشاء ، ولا يخفى ما فيه ، فان الملكية المنشأة لم تتحقق في حال الحياة مع فرض انشائها معلقة على الموت فلا ملكية منشأة قبل الموت بل لو تحققت قبله لزم التخلف ، فحقيقة الوصية انشاء معلق ويشبه التدبير ان لم يكن التدبير منها وتخالف العقود ، وقد حررنا ذلك في البيع مع الفرق بين العقود والايقاعات ولا بأس بذكر ذلك ، وبيانه يتوقف على امرين :

الأول ان الأفعال البسيطة الصادرة من الفاعلين على قسمين قسم يكون تمام قوامه بيد شخص واحد من دون حاجة الى مطاوعة شخص آخر وقبوله ، وقسم يكون قوامه يتوقف تحققه على مطاوعة شخص آخر ، فالأول يسمى بالايقاع كالعتق والطلاق ونحوهما ، والثاني يسمى بالعقد ، فالعقد مركب من الايجاب والقبول كالبيع والهبة ونحوهما مثلاً الموجب يوجد جزءً والقابل يوجد جزءً آخر وبعد تحققهما تترتب الملكية ، وبعبارة أخرى الملكية التي هي اضافة في المعاملة القصدية تتحقق بفعل الشخصين ، فكل شخص أوجد جزءاً معداً او انضم الى الجزء الآخر الحاصل من فعل الشخص الاخر لترتب عليه الأثر المقصود

بخلاف الايجاد الايقاعي فانه يحصل بمجرد الايجاب من شخص واحد ويظهر ذلك من الامضاء الشرعي لما انشأ فان امضى الأثر المترتب عرفاً على فعل الشخصين فهو العقد الشرعي ، وان امضى الشارع الأثر المترتب عرفاً على فعل شخص واحد فهو المسمى بالايقاع .

الأمر الثاني : ان التعليق تارة يكون نفس الانشاء معلقاً واخرى يكون نفس المنشأ ، والأول هو من الأمور المستحيلة لأن الايجاد الاعتباري على نحو الايجاد الخارجي ، فكما ان الايجاد الخارجي لا يعقل تعليقه على أمر متأخر كذلك الايجاد الاعتباري ، واما الثاني أي تعليق المنشأ فتارة بسبب اللفظ واخرى حقيقة معلقة من دون تعليق فى اللفظ . اما الأول فهو أمر ممكن وواقع كالواجب المشروط فى التكليفات على ما هو المشهور من ان الوجوب معلق على شيء كالحج ، فان وجوبه معلق على تحقق الاستطاعة ، فقبل الاستطاعة لا وجوب . هذا فى التكليفات ، واما الوضعيات فانه لا مانع عقلاً من تعليق الملكية المنشأة على مجيء الحاج مثلاً ونحوه مما علم بتحققه أو احتمل إلا انه قام الاجماع على عدم وقوعه فى الوضعيات وان التعليق مبطل لها إلا فى الوصية والتدبير وان كان ربما يناقش فى تحقق هذا الاجماع ، قال السيد قدس سره فى حاشية المكاسب ما لفظه : (ان المحكي عن القاضي عدم المنع من التعليق على الوقت) وعن ابن الجنيد عدم المنع من التعليق على الشرط ، وعن النهاية والاستبصار انه يقع العتق مشروطاً فى النذور والقربات كقوله ان شافاني الله فعبدي حر . انتهى . . .

وعلى كل فقد نقل الاجماع على عدم وقوع التعليق فى غير الوصية والتدبير وكلها تكون منجزة ، فلا تصح بعت أو صالحت أو آجرت أو أبرأت بعد وفاتي أو بعد مجيء زيد أو أعتقت بعد مجيئه . نعم يصح

يباع أو يوقف أو يعتق بعد وفاتي وتكون من الوصية بأن تنشأ هذه الأمور بعد الوفاة فيجب على الوصي تنفيذها بأن يجري الوصي صيغ تلك الأمور .

واما الثاني ما يكون واقعه وحقيقته معلقاً من دون توسط لفظ فان جل العقود ليس فيها تعليق في اللفظ إلا ان لها واقعاً يتحقق من فعل الموجب وقبول القابل ، فتحقيقه يتوقف عليهما فهو تعليق واقعي لا لفظي . ولا يخفى ان التعليق فى العقود لم يتعلق بواقعه أي الأثر المترتب على انشاء الموجب وقبول القابل وان ادعاه بعض ، فان الأمر الواقعي المترتب أي الملكية المترتبة على انشاء التمليك ومطاوعة القابل ليست هي المنشأة وإلا ان تحققت قبل قبول القابل لزم عدم دخل القبول فى العقد وان لم تحصل لزم تخلف المنشأ عن الانشاء . ودعوى ان الموجب ينشىء الملكية بعد القبول ليكون مثل الوصية ممنوعة ، لأنه يلزم ان يكون القبول أخذ بنحو الشرطية لا بنحو الجزئية وهو خلاف لازم العقود . فالتحقيق أن يقال هو ان العقد لما كان مأخوذاً في مفهومه المعاهدة والمعاقدة وهو لا يحصل إلا بانشاء الموجب وقبول القابل فيكون كل من الموجب والقابل قد أوجدا جزءً من جزئيه ، وبعد تحققهما يترتب ذلك الأمر البسيط أي الملكية العرفية الممضاة من قبل الشارع ، فالملكية الممضاة شرعاً مسببة عن الموجب والقابل لا انها هي المنشأة بانشاء الموجب ، وانما المنشيء أوجد مفهوم الملكية وبعد مطاوعة القابل له امضى الشارع الملكية العرفية . ففي الحقيقة كل من الموجب والقابل أوجدا جزءاً معداً ومع ضمهما يترتب ذلك الأثر العرفي الشرعي وبالجملة الموجب لم يوجد الملكية الشرعية ولا الملكية الحاصلة بعد القبول لكي يكون واقعها معلقاً ، وانما المنشيء أوجد ملكية انشائية

من دون قيد وتعليق .

اذا عرفت ذلك فاعلم ان من قال هذا لزيد بعد وفاتي لم ينشىء إلا ملكية بعد الوفاة ، وقبل الوفاة لا ملكية انشائية ولا فعلية . نعم الموجود انشاء الملكية ، ومثله مالو قال أنت حر بعد وفاتي ، ففي الحياة لا حرية أصلاً ، فلو حصلت الملكية قبل الوفاة حينئذ لزم تخلف المنشأ عن الانشاء . ومن هنا يعلم ان اخذ الوفاة بنحو الشرطية في غير محله بل هو من قبيل الموضوع للمنشأ ، ولذا كانت الوصية ترفع موضوع ما ترك ، الذي هو موضوع الميراث ولذا قلنا بتقديمه على الميراث وعلى هذا النحو امضاه الشارع أي أمضى الملكية المنشأة بعد الوفاة لا قبله وعليه تكون الوصية من الايقاعات ولا ينافي ايقاعيتها اعتبار شيء في الامضاء الشرعي من القبول أو القبض أو عدم الرد ، فان هذه الأمور معتبرة في مقام التأثير شرعاً وإلا الملكية المنشأة حاصلة بعد الموت لأن المنشىء أوجد تلك الملكية وبذلك قد أوجد تمام ما يكون من قبله .

نعم لو حصل الرد يكون كمانع لتأثير ذلك فلم يترتب الأثر على تلك الملكية المنشأة لا انه يدخل في ملك الموصى له وبالرد يرجع الى الورثة كما قد توهم لكي يرد عليه بان الرد ليس من أسباب النقل ، ويجاب عنه بان الرد كاشف عن حصول المانع مع انه لا كاشفية للرد ، بل حسب ما عرفت ان دخول الشيء في ملك الشخص يحتاج الى رضاه ، والشارع رتب آثار الملكية المنشأة بانشاء الموصي على رضا الموصى له وعدم رده . فمع الرد لا ملكية أصلاً لا عرفيــــة ولا شرعية . نعم الموجود الملكية المنشأة ، ومن هذا القبيل لو ملك الموصي ما يزيد على ثلثه فبالنسبة الى الزائد يتوقف على اجازة الورثة بعد الموت فان اجازوا تكون الاجازة كاشفة عن حصول الملكية بعد الموت ويكون تلقي

الملك من الموصي ومع ردهم وعـــدم امضـاء الزائد لا ملكية شرعية للموصى له ، وتكون الورثة تتلقى الملك الذى كان لمورثهم منه لا انه تتلقى ذلك من الموصى له . فالاجازة بناءاً على النقل كالرد فيكون لها الدخل في الملكية الشرعية وليس لها دخـــل في الملكية المنشأة ، ولأجل ذلك قلنا ان الوصية من الايقاعات المحضة من غير حاجة الى القبول لا بنحو الشرطية ولا بنحو آخر ، بل يمكن دعوى ان كل من قال بكون القبول شرطاً في الوصية قال بايقاعية الوصية لما عرفت من عـدم المنافاة بين الشرطية والايقاعية . وبالجملة كلمات الأصحـاب مشوشة ومضطربة .

والـذي يبدو لنـا من تتبع كلماتهم ان اكثرهم قائلون بايقاعية الوصية وان اختلفت كلماتهم في كونها ايقاعية محضة أو هي برزخ بين العقد والايقاع ، وقد عرفت انها ايقاعية محضة وان عـدم الرد يكفي في تحققها وتوقفها على القبض لو قلنا به لا ينافي الايقاعية لأنه راجع الى مقام التنفيذ وليس له دخل فى ايقاعية الوصية لما عرفت من حصول الملكية المنشأة للموصى له وبعد موت الموصي تحصل الملكية الى الموصى له مع عدم رده فلذا لا يجوز تصرف الورثة قبل رده ولا يجبر على الرضى ، كما انه لا يجبر على القبول لو قلنا بكونه عقداً إلا باستلزامه تضرر الورثة فللحاكم الشرعي حينئذ اجباره لكونه من وظائفه .

هذا وفي الوصية مسائل تعم بها البلوى فلذا ينبغي لنا التعرض لها .

المسألة الاولى

الوصية جائزة من الموصي وله الرجوع في وصيته ما دام حياً وذلك لأن انشاءه معلق على الموت ، فما لم يتحقق المعلق عليه لم يتحقق المنشأ ، فلذا جاز له الرجوع فى الوصية العهدية لعدم تحقق العهد فى ذلك قبل الموت ، بل وله الرجوع في الوصية التمليكية أيضاً لعدم الملكية قبل الموت لا انشائية ولا فعلية ويستفاد ذلك من الأخبار المستفيضة كقوله (ع) : « مالم يرجع في وصيته (١) وعنه (ع) وللموصى ان يرجع في وصيته ان كان في صحة او مرض (٢) وعن ابي عبد الله (ع) لصاحب الوصية ان يرجع فيها ويحدث فى وصيته ما دام حياً (٣) » بل والاجماعات التي كادت ان تكون محصلة ، واما الرجوع فيتحقق باللفظ كقوله : رجعت عن وصيتي ، وبالفعل بان يوصي بطعام يأكله أو مال يتلفه أو عبد يعتقه أو دبّره أو كاتبه ، بل لو اعرض عن عين أوصى بها للغير ، بناءً على ان الاعراض مزيل للملكية ، واما بناءً على انه يفيد اباحة التصرف ربما يقال ببقاء الوصية بعد الموت إلا ان تقوم قرينة على أن الاعراض عنه اعراض عن الوصية فلا يملكه الموصى له حينئذ ، وكذا لو نقله بعقد لازم كالبيع والصلح أو جائز كالهبة ، فان تسليط الغير على التصرف المرتب على الملك يعد رجوعاً عن وصيته حتى لو رجعت العين بفسخ أو إقالة أو أوجد سلطنة للغير

---

(١) و (٢) و (٣) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٨ جواز رجوع الموصي فى الوصية ج ٢ .

على التصرف الناقل كالرهن فهو رجوع . نعم لو أوصى بعين مرهونة فبعد الفك تدخل فى الوصية العهدية ، وكذلك العقد الفاسد فانه يعد رجوعاً سواء كان عالماً أم جاهلاً بفساده لأن مجرد تسليطه عليه عدول عن وصيته السابقة ، إذ ان ابقاء الارادة الأولى مستلزم لارادة الضدين كما ان الايصاء ببيع العين يعد عدولاً عن وصيته الأولى فان وصيته هذه تنافى وصيته الأولى ، ونسب ذلك الى جمهور العلماء العلامة فى التذكرة نعم وقع الاشكال لو أوقع الارادة الثانية غفلة عن الأولى فهل يعد رجوعاً وعدولاً أم لا ؟ قيل بالأول ، وينسب الى المشهور للتنافى مع الارادة الثانية ، وقيل بالثاني لعدم عد ذلك رجوعاً لتحقق الغفلة فهو نظير مالو نوى الصلاة ثم اعتقد بطلان صلاته فنوى القطع ولم يقطع فقالوا بصحة صلاته ، ولو قلنا بكون نية القطع مبطلة لصلاته كما انه لو نوى الصيام ثم اعتقد بطلان صومه فنوى الأكل ولم يأكل فانهم قالوا بعدم بطلان صومه بمجرد نية الأكل ، ولو قلنا بكون نية المفطر مفطراً ، وقد اجيب عن ذلك بأنه قياس مع الفارق لأن فى المقام وجود ارادة تنافي تلك الارادة فلذا عد رجوعاً عن نية الأولى ، وفي الصوم نيته للاكل لاعتقاده ببطلان الصوم فلم تكن منافية للنية الأولى وبعبارة أخرى ان نية الأكل على تقدير بطلان صومه فليس ذلك من نية المفطر مفطراً وهكذا فى نية القطع في الصلاة كما هو واضح . وكيف كان كلما يدل على كونه عدولاً عن الوصية ولو كان مثل العرض للبيع فبذلك يتحقق الرجوع عن وصيته . نعم لو صرح بأن غرضه الاطلاع على قيمته وانه باق على وصيته فلا يعد ذلك رجوعاً ، ولو شك فى تحقق الرجوع منه يحكم ببقاء الوصية فيما اذا كانت الوصية مطلقة واما لو كانت مقيدة بأنه اذا مات فى سفره أو مرضه فحينئذ تكون

من الوصية المقيدة فاذا رجع من سفره أو برأ من مرضه بطلت وصيته وقد الحق بعض من تأخر بالوصية المقيدة ما تعارف بأن يكتب وصيته عند مضيه الى البلدان البعيدة كالسفر الى الحج أو زيارة ثامن الأئمة سلام الله عليه أو السفر الى البلاد الأجنبية ثم يرجع الى بلاده وبرجوعه ينتهي أمد الوصية ، ثم فرع على ذلك بأنه يشكل الاعتماد حينئذ على الوصايا المكتوبة على هذا النحو مع فرض عدم موت صاحبها في ذلك السفر البعيد ، ولكن لا يخفى ان هذا الالحاق محل نظر بل منع وانما هو من الوصية المطلقة ، وعدوله يحتاج الى بيان انه عدل عن وصيته أو يوجد ما ذكرنا سابقاً من الأمور التي تعد عدولاً عن الوصية لاستصحاب بقاء وصيته فهو باق على وصيته ويجب العمل على مقتضاها مالم يرجع عنها . هذا بالنسبة الى الموصي ، واما بالنسبة الى الوصي والموصى له ان الوصية العهدية بعد الموت يجب على الوصي القيام بها بعد تماميتها ولا يجوز له الرد فى هذا الحال (١) إذ انها تكون لازمة للاخبار الدالة على ذلك ، واما في حياة الموصي فله الرد مع اعلامه بالرد لما هو معلوم من عدم وجوب القيام بما أوجب عليه الغير لعدم سلطنة أحد على أحد . إلا ما ثبت بالأدلة كالولايات مضافاً الى الأخبار الواردة كرواية منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلام قال اذا أوصى الرجل الى أخيه وهو غائب فليس له ان يرد عليه وصيته لأنه لو كان شاهداً فابى ان يقبلها طلب غيره (٢) ولا يخفى انها

(١) خلافاً للشافعية والحنابلة فجوزا الرد بعد موت الموصي ، واما فى حياته فجوزا الرد مع الاعلام وبدونه . المغنى ج ٦ باب الوصية .

(٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ٢٣ ان من اوصى الى غائب تعين عليه القبول .

محمولة على موت الموصي فى تلك الغيبة قبل ان يعلمه الوصي بالرفض ورواية محمد بن مسلم عن ابي عبد الله (ع) قال ان أوصى رجل الى رجل وهو غائب فليس له ان يرد وصيته ، وان أوصى اليه وهو بالبلد فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل (١) فان هذه الرواية مثل سابقتها محمولة على ما ذكرناه ، ويؤيد ذلك مافى الرضوي اذا أوصى رجل الى رجل وهو شاهد فله ان يمتنع من قبول الوصية ، وان كان الموصى اليه غائباً ومات من قبل ان يلتقي مع الموصي فان الوصية لازمة له وحيث ان له الرد فلو رد لا تبطل الوصية لما عرفت انها ايقاعية ولا يضر بها الرد ، نعم تبطل وصايته فمع بقاء الموصي على وصايته وعدم نصب وصي من قبله رجع الى الحاكم الشرعي لأنها من وظائفه إلا ان يستفاد وحدة المطلوب فبالرد تبطل أصل الوصية .

واما في الوصية التمليكية سواء كان للنوع كالوصية للسادات والعلماء أو للجهات العامة بناءً على ملكية الجهة فانها حسب ما عرفت انها ايقاعية محضة فلا تحتاج الى القبول ولا يكون الرد فيها مانعاً لعدم تصور الرد من النوع المفروض دخوله فى ملكه ورد بعض الأفراد من السادات أو العلماء لا اثر له لكونه ترجيحاً بلا مرجح ، بل لو انحصر العنوان في فرد واحد لا اثر لرده لما عرفت من معقولية تملك العنوان ، وان الفرد الخاص المنحصر انما يملك بعد القبض من باب انطباق الكلي عليه ، وان كان التمليك لشخص خاص كمثل هذه الدار لزيد بعد وفاتي فله الرد فى حياة الموصي ولكن مع الاستمرار الى ما بعد الموت فحينئذ يرتفع تأثير الايجاب لما هو معلوم من ان الرد

---

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٢٣ ان من اوصى الى غائب تعين عليه القبول .

يجعل المحل غير قابل لتأثير الايجاب فيه ، وقد عرفت ان ذلك لا ينافي ايقاعية الوصية وانما اعتبرنا الرد الى ما بعد الموت لأنه لو لم يستمر بل حصل الرضا بما ملكه ثم تحقق الموت فالايجاب مؤثر ، حيث ان في حال الحياة لاملكية من الموصي لا انشائية ولا فعلية فلا يكون مانعاً ورافعاً لتأثير الايجاب . ومن هنا يعلم ان الرد في المقام ليس كالرد في الايجاب قبل القبول فى العقود فانه بمجرد تحقق الرد رفع أثر الايجاب لعدم تحقق المعاهدة والمعاقدة فلا يبقى مجال للقبول . اللهم إلا أن يقال ان حصول الرد بعد الايجاب على نحو لاينافي الموالاة العرفية ثم يتبعه القبول فلا يرتفع أثر الايجاب ، وأما بعد الموت فقد عرفت ان دخول الشيء في ملك شخص يحتاج الى رضاه فمع رده يوجب عدم ترتب الاثر على الملكية المنشأة المتحققة بعد الموت فتكون رافعة لأثرها ، ولو تعقبها القبول والحال هذه فلا أثر له ، كما انه لو حصل الرضا أو القبول بعد الموت فلا أثر لرده بعده .

بقي الكلام فيما لو رد الموصى له بعض ما أوصي به وقبل البعض الآخر فلا يصح فيما قبل ويبطل بالنسبة الى مارد ؟ قيل بالصحة كما هو كذلك فى البيع فانه لو باع داراً فقبل نصفها ولم يقبل النصف الاخر فصح فيما قبل ويبطل فيما رد ويجري خيار تبعض الصفقة ، وقيل بالبطلان لعدم حصول المطابقة بين الايجاب والقبول بتقريب ان الانشاء وقع على المجموع فلم يطابقه القبول واعتبار المطابقة فى شرائط العقد ، ولكن لايخفى أن المطابقة التي هي منوطة فى العقد متحققة إذ القبول يرد على الايجاب ، فاذا كان الايجاب منحلا بعدد أجزاء المبيع فالقبول ينحل كذلك ويتعلق بما تعلق به الايجاب ولا يخفى ان صحته ليس لأجل تبعض الصفقة لكي يقال بلزوم الدور ، فان البعض من آثار صحة

العقد ، فلو توقفت صحته على التبعض لزم الدور بل لأجل انحلال الايجاب . هذا والذي ينبغي ان يقال ان الانشاء الواحد لو انحل الى انشاءات عديدة ليكون معاملات عديدة فلا مانع من قبول البعض دون البعض الآخر كمثل بعتك الفرس وبعتك العبد ، بل لو قال بعتك الفرس والعبد صح فيما قبل وبطل فيما رد فانه لامحذور فيه ولا إشكال يعتريه لكون هذه المعاملة منحلة الى معاملتين ، وأما اذا لم ينحل بل كان انشاءاً واحداً ناظراً الى المجموع من حيث المجموع ، ولو قبل البعض دون الآخر فمحل اشكال بل منع ، مثل بعتك الدار فقبل نصفها ورد النصف الأخر ، وبعبارة أخرى ان الانشاء الواحد ان كان من قبيل تعدد المطلوب كما لو كان المتعلق متعدداً فلا مانع من قبول البعض دون الآخر وأما لو كان الانشاء الواحد من قبيل وحدة المطلوب فيبطل بعدم قبول البعض لعدم تحقق المطابقة بين الايجاب والقبول بل حتى في الايقاع اذا كان الانشاء بنحو وحدة المطلوب والفرق بينهما في غير محله إذ وحدة المطلوب وتعدده موجب لانحلال الايجاب وعدم انحلاله ولا يتوهم ان غرضنا من انحلال الايجاب فى العقد نفسه ، وانما غرضنا من انحلال الايجاب الذي يترتب عليه الأثر الشرعي وليس إلا مع إلحاق القبول ، وهذا يلازم دعوى انحلال العقد ، كما ان اعتبار المطابقة وعدمها انما هي بالنسبة الى الخصوصيات التي لايكون فواتها موجباً لبطلان العقد مثل الخصوصيات التي تعود الى وصف المبيع ووصف الثمن وخصوصية الشرط بناءاً على ان الشرط بطلانه لايوجب بطلان العقد ، وأما لو كانت الخصوصيات موجبة لفوات العقد كخصوصيات الثمن والمثمن فاعتبار المطابقة مما لا إشكال فيها لبطلان العقد لفواتها .

المسألة الثانية

لو مات الموصى له قبل قبوله أو رده في حياة الموصي ولم يرجع الموصي عن وصيته فهل يقوم وارثه مقامه في القبول والتملك أم تبطل الوصية (١) أو التفصيل بين ما إذا كان غرض الموصي شخص الموصى له فتبطل وبين مالم يكن غرضه ذلك ، وانما غرضه جعل المال من املاكه فتصح ؟ أقوال المشهور هو القول الأول ، وقيل بالثاني وفاقاً للقاعدة ، وأما التفصيل فلا وجه له لأن الأغراض أجنبية عن مقام الانشاءات وانما هي دواع لم تؤخذ في متعلقاتها من الملكية المنشأة المعلقة على موت الموصي وانما هي لخصوص الموصى له ، فمع انتفائه ينتفي . وبعد ذلك يقع الكلام في القولين الأولين فنقول ان مقتضى القاعدة فى هذا المقام عدم قيام الوارث مقام مورثه لما عرفت من انه في حياة الموصي لا ملكية للعين أصلاً لا فعلية ولا انشائية وانما هو انشاء الملكية ، فبالنسبة الى الموصى له لا علاقة له فى ملكية العين فيدخل في متروكاته فيورث ، نعم له ان يملك مع بقائه بعد موت الموصي وقبوله وقد فرض انتفاء البقاء ، واما القبول فليس من الحقوق حتى يرثه الوارث كالخيار مثلاً ، فلذا اخترنا انه لو مات المشتري بعد ايجاب البائع وقبل قبوله بطل البيع ولا يقوم وارثه مقامه ، وان كان يمكن الفرق بين المقام والبيع حيث ان حقيقة البيع لما كانت مأخــوذة في مفهومه المعاهدة والمعاقدة ، فبالموت لا يحصل ذلك إلا انه من جهة عدم قابلية المحل لتملك المتروكات

---

(١) وبه قالت الأربعة لأن الوصية عطية صادفت المعطي ميتاً فتبطل (المغني ج ٦ باب الوصية) .

وبالجملة انما يرث الوارث ما كان ملكاً لمورثه أو حقاً من حقوقه والموصى له فى حياة الموصي ليس المال ملكاً له والقبول ليس حقاً ليورث ، وكونه له ان يملك لا يوجب الحقية ، كما ان وجود الانشاء المعلق على موت الموصي لا يوجب علقة واضافة بين الموصى له والمال ليورث . ودعوى انه بتحقق السبب الذي هو الانشاء يوجب دخوله تحت عنوان ما ترك الميت فهو لوارثه في غير محله ، إذ السبب في حياة الموصي لم يتحقق والموجود انشاء السبب ، وصرف الانشاء لا يثبت حقاً ولا ملكاً للموصى له فليس بين المال والموصى له علاقة واضافة بل ولا طرف اضافة حتى على مبنى بعض الاساطين فى الارث من أن الوارث مع مورثه تبديل بين المالكين بعكس البيع فانه تبديل بين المملوكين . وهذا الذي ذكرنا لا يفرق بين قبول الموصى له وعدمه لو مات فى حياة الموصي لعدم الملكية بعد قبوله إلا انه وردت نصوص خاصة تدل على قيام ورثة الموصى له مقامه لو مات الموصى له فى حياة الموصي ، منها ما رواه فى الكتب الأربعة عن محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) قال قضى أمير المؤمنين (ع) في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب فتوفى الموصى له قبل الموصي ، قال : الوصية لوارث الذي أوصى له ، قال ومن أوصى لاحد شاهداً كان أو غائباً فيتوفى الموصى له قبل الموصي فالوصية لوارث الذي أوصى له إلا ان يرجع فى وصيته قبل موته (١) ومنها فى الصحيح عن المثنى قال سألته عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل ان يقبضها ولم يترك له عقباً ، قال اطلب له وارثاً أو ولياً فادفعها اليه (٢) ومنها رواية محمد بن عمار الساباطي عن أبي جعفر الثاني (ع)

(١) و (٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ٣ ان الموصى له اذا مات قبل الموصي ولم يرجع في الوصية . فهي لوارث الموصى له ج ٢ .

قال سألته عن رجل أوصى إلي وأمرني ان أعطي عماً له في كل سنة شيئاً فمات العم ، قال أعطي ورثته (١) وهذه الأخبار صريحة في كون المال الموصى به الى ورثته ولو توفي في حياة الموصي كما هو نص الرواية الأولى ولا يعارضها غيرها كصحيحة ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي ، قال (ع) : ليس بشيء (٢) ، ونحوها صحيحة منصور بن حازم (٣) لاعراض المشهور عنها مضافاً الى حملها على التقية ، فالأخذ بالأخبار الأول متعين وعليه . لا وجه للاشكال في المقام من ان القبول ليس من الحقوق فكيف يورث أو انه قائم بشخص الموصى له ، فمع موته ينتفي أو عدم التطابق بين الايجاب والقبول أو ان القبول لشخص واحد فكيف ينحل الى اشخاص مع فرض تعدد الورثة لكونها اجتهاداً في قبال النص . نعم لما كان النص على خلاف القاعدة فينبغي الاقتصار على القدر المتيقن فلذا يمكن منع التعدي الى مالو توفي ورثة الموصى له في حياة الموصي فانه بعد وفاة الموصي حينئذ لاينتقل الى ورثة الموصى له كما انه يمنع التعدي مالو مات بعض ورثة الموصى له في حياة الموصي ، فمثلا لو كان للموصى له ولدان فمات أحدهما في حياة الموصى فولد الولد لايشارك عمه ، وهكذا لو رد بعض الورثة وقبل البعض الآخر ففي جميع هذه الصور نلتزم ببطلان الوصية ولا يصل المال الى ورثة الموصى له وان كان في الفرع الأخير أقل اشكالا .

هذا كله بناءاً على انكار الواجب المعلق وحصر أقسام الواجب في الواجب المنجز والواجب المشروط ، وأما بناءاً على تصوير الواجب

---

(١) و (٢) و (٣) الوسائل كتاب الوصايا باب ٣ ان الموصى له لذا مات قبل الموصي ولم يرجع في الوصية . فهي لوارث الموصي له ج ٢ .

المعلق وانه لافرق بينـه وبين المنجز من حيث فعلية الوجوب وان كان يفترقان من حيث الواجب ، ففي المعلق الواجب استقبالي معلق على أمر غير مقدور كالوقت ، وفي المنجز غير معلق على غير مقدور كما هو رأي الاستاذ العراقي (قدس سره) . وحاصل ماذكرناه في تقريراته لبحثـه الشريف ان الشروط تـارة تكون شروطاً للاحتياج ، وأخرى تـكون شروطاً للمحتـاج اليه . أما الاول لايعقل أن تكون تحت الارادة والاشتياق كشرائط الوجوب كالاستطاعة بالنسبة للحج والوقت بالنسبة للصلاة ، وبالنسبة الى الثاني أي شروط المحتاج اليه كشرائط الوجود فانها تجب قبل تحقق شرط الوجوب ، مثلا لو علم بتحقق شرط الوجوب فيما بعد وفرض ان حجه يتوقف وجوده عليه فيجب تحصيلها قبل تحقق شرط الوجوب لا يقـال ان تلك المقدمات انمـا يترشح الوجوب عليها بعـــد وجوب ذيها ، ومع فرض عـدم تحقق مقدمة الوجوب لذيها مـع عـــدم اتصـاف ذيها فكيف تتصف المقدمـات الوجودية للواجب بالوجوب ، لأنا نقول هذا مسلم لو كان وجوب الحج موقوفـاً على الاستطاعة الخارجية ، ولكنك عرفت ان الوجوب موقوف على الاستطاعة اللحاظية الذي هو مرآة لما فى الخارج ، فالحاكم اذا علم بانطباق الصورة الذهنية على مافى الخارج فيترشح على المقدمات الحاصلة قبل الاستطاعة وجوب عليها ، فيكون ذلك كالوجوب المنجز وليس الفرق بينهما إلا في مقام التعبير ، فالمعلق كمثل حج ان استطعت ، والمنجز كمثل حج من دون تعليق ، وأما اذا علم بعدم انطباقها على مافى الخارج بأن علم عدم تحقق الاستطاعة الخارجية فلا اشكال في عدم السراية الى تلك المقدمات الوجودية ، لأن المقصود التوصل الى حصول المطلوب النفسي وبعد العلم بارتفاع المطلوب النفسي ، كيف تسري المطلوبية الى تلك المقدمات .

إذا عرفت ذلك فاعلم ان الوصية التمليكية من قبيل الواجب المعلق بأن يكون الموصى قد أنشأ ملكية فعلية معلقة بما بعد الموت فتكون هذه الملكية كمنذور التصدق كما لو نذر ان يتصدق بشاة خاصة ، فتعلق النذر بها يوجب عدم جواز التصرف بها مع انه معلق على ان يولد له ولد مثلا فيكون النذر فعلياً متحقق في الحال قد تعلق بأمر مقدور . ودعوى انه يلزم التفكيك بين الانشاء والمنشأ ممنوعة ، إذ نفس الانشاء ليس معلقاً لاستحالة التعليق في نفس الانشاء ، وانما المنشأ معلق بمعنى ان الموصي قد أنشأ ملكاً للموصى له في المستقبل بأن يكون ظرف تملك المنشأ بعد موت الموصي ، ففي حال الانشاء قد أنشأ ملكاً مطلقاً غير مشروط بشرط للموصى له لكنه في ظرف متأخر ، فحينئذ لو مات الموصى له قبل الموصي يتلقى هذا الملك الفعلي وارث الموصى له من مورثه ، اذ الموصى بذلك الانشاء صير الموصي له مالكاً للملك الموصى به في المستقبل كالحج مثلا فانه يكون وجوبه فعلياً فى أشهر الحج قبل موسم الحج ، فمع عدم رجوع الموصي عن وصيته مع التفاته الى موت الموصى له يحقق رضاؤه بأن يكون الموصى به لورثة الموصى له ، ويستفاد ذلك من أن هذه الواقعة كانت فى قضاء أمير المؤمنين (ع) ان الوصية لورثة الموصى له والظاهر منها ان انتقال المال من الموصى له الى ورثته لامن الموصي فحينئذ تكون الروايات الواردة فى هذا الباب على القاعدة كما لايخفى .

وهذا الذي ذكرناه يتم بناءاً على القول بالواجب المعلق . نعم لايتم بناءاً على انكار الواجب المعلق ، وان الواجب اما منجز أو مشروط ، وارجاع الواجب المعلق الى المشروط كما هو مبنى بعض الأعاظم (قدس سره) بدعوى ان الاحكام مجعولة على نحو القضايا بالحقيقة التي هي عبارة

عن ان تكون مفروضة الوجود والشروط المعتبرة في القضية انما تعتبر فى ناحية الموضوع فالحكم فيها انما يتحقق فى ظرف تحقق الموضوع فقبل تحققه لا حكم ، وقد اجاب عن ذلك استادنا العراقي (قده) بمنع جعل الأحكام على نهج القضايا الحقيقية أولاً ومنع رجوع القيد الى ناحية الموضوع ثانياً ، وان الحكم الشرعي انما هو عبارة عن نفس الارادة الشرعية التي تحصل بالقول او بالفعل على تفصيل ذكرناه فى تقريراتنا لبحثه (قدس سره) . هذا فى التمليكية .

واما في الوصية العهدية فلا تشملها الروايات لما عرفت من ظهورها فى التمليكية ، فلذا تبقى على القاعدة من عدم الانتقال الى ورثته ، فمع بقاء الموصي على وصيته يرجع بها الى الحاكم الشرعي . هذا كله لو مات الموصى له في حياة الموصي ، واما لو مات الموصى له بعد موت الموصي قبل رده ، فبناء على كون الوصية من العقود فحينئذ يكون حاله حال مالو مات البايع الموجب قبل قبول المشتري من غير فرق بينهما ، وهكذا لو قلنا بايقاعية الوصية والقبول اعتبر بنحو الشرطية إذ عليه الملكية الشرعية لم تتحقق إلا بعد القبول ، وهكذا الحال لو اعتبرنا الرضا في دخول الملك للموصى له . واما بناءً على ايقاعية الوصية وان عدم الرد كاف من دون اعتبار شيء آخر فلازمه القول بحصول الملك حينئذ للموصى له عند موت الموصي فينتقل الى ورثة الموصى له ، ولا يخفى انه على الأخير لابد من الالتزام بكون الرد لو تحقق يكون كاشفاً عن عدم تحقق الملك عند موت الموصي ، بدعوى ان نفس الرد يحدث مانعاً عند موت الموصى بنحو لا يجعل الايجاب مؤثراً ، ونلتزم بتحقق الملك القهري بالموت للموصى له ، وبالأدلة رفعنا اليد عن الملكية عند تحقق الرد . والانصاف ان الالتزام به

مشكل إذ لا كاشفية للرد ، والذي بنينا عليه ان رضا الموصى له فى الوصية التمليكية معتبر زائداً على عدم الرد ، وان الشارع لم يرتب الملكية إلا بعد الموت ورضا الموصى له ، فان دخول شيء في ملك الشخص يتوقف على رضاه ، وحينئذ يكون الرضا معتبراً فى مقام التنفيذ لا فى أصل الوصية فانها من الايقاعات ولا يضر ذلك بايقاعيتها فلا تغفل .

ثم ان المال الذي ينتقل الى ورثة الموصى له هل ينتقل من الموصى ابتداءً أو ينتقل الى الموصى له أولاً ثم الى ورثته ؟ قيل بالثاني لظهور الأخبار فيه فان ظاهر قوله (ورثته أو اطلب له وارثاً) هو ذلك ، والحق هو الأول لمنع ظهور الأخبار فى ذلك أولاً ومنع ملكية الميت ثانياً ، والذي ينبغي ان يقال انه بعد فرض دلالة النصوص على كون المال ينتقل الى ورثة الموصى له ، وكون الورثة قائمين مقام مورثهم في كونهم طرفاً للايجاب ان لهم حق القبول بناءً على كون الوصية من العقود ، فبقبولهم ينتقل الملك ابتداءاً لهم وبلا واسطة إذ يبعد قبول شخص ودخول الملك فى ملك شخص آخر ، واما بناءً على ايقاعية الوصية وحصول الملكية المنشأة بعد موت الموصي إلا ان الشارع امضى تلك الملكية بعد الموت ، فحينئذ يبتنى على كون القبول ناقلاً أو كاشفاً فان قلنا بكونه ناقلاً فالأول ، وحينئذ المال ينتقل ابتداءً الى ورثة الموصى له من دون واسطة ، وان قلنا بالكشف ، فلازمه القول بالثاني وهو ان المال انتقل الى الموصى له ومنه الى ورثته فيكون الوسيط بينهما ولكن لا يخفى ان الكاشفية غير متصورة فى القبول .

وبالجملة ان استفدنا من الأخبار كون المال ينتقل الى الميت ابتداءً ثم لورثته كما هو غير بعيد فيؤخذ به ، وان منعنا هذا الظهور

واخذنا بما هو قابل للالتزام به لعدم ثبوت الملكية للميت فلابد من الالتزام بأن المال ينتقل الى ورثة الموصى له ابتداءً ويترتب على الوجهين المذكورين ثمرات عديدة . الأول ان الموصي لو ملك أرضاً زراعية بالوصية التمليكية ثم توفى الموصى له في حياة الموصي وكان من جملة ورثته زوجته ، فان قلنا بأن الورثة تتلقى المال من الموصي ابتداءً بلا توسط انتقال الى الموصى له فتستحق الزوجة من تلك الأرض الزراعية ، وان قلنا ان الورثة تتلقاه من مورثهم فتحرم الزوجة من الأرض الزراعية ، ومنها اخراج ديون الموصى له ونفوذ وصيته بناءً على كون التلقي للمال من الموصي له ، وعدم اخراج ذلك بناءً على كونه من الموصى ابتداء ومنها الحبوة ، فعلى الوجهين ، ومنها انه لو أوصى بمن ينعتق على الموصى له ولم ينعتق على ورثته بناءً على كون التلقي من الموصى له فينعتق ويشاركهم أو يقدم عليهم فيمنعهم من الارث وبناءً على كون التلقي من الموصي فيملكونه ولا يرث معهم .

المسألة الثالثة

فيما يعتبر فى متعلق الوصية وهي امور . الأول : ان يكون المتعلق مملوكا للموصي فلا تصح الوصية بمال الغير ، وان أجاز الغير فيما لو علق الوصية على وفاة نفسه لعدم سلطنة شخص على ملك الغير ، فمع تعقب الاجازة حينئذ لا يقتضي اسناد الايجاب الى المالك لعدم كونه حينئذ موجباً ، واما لو علق الوصية على وفاة المالك بأن قال الدار التي لزيد هي لعمرو بعد وفاة زيد ثم لحقته الاجازة ، قيل تصح بناء على صحة الفضولي ، وقيل لا تصح الحاقاً لها بالصورة الاولى لعدم صحة

الوصية بلحوق الاجازة ، ولكن لا يخفى انه بناءً على صحة الفضولي وانه على القاعدة فلا مانع من صحة الوصية مطلقاً ولو علق على وفاة نفسه إذ يكون حاله مثل ما لو باع لنفسه فانه يلغى قيده لنفسه حسب ما ذكرنا في بحث الفضولي ، إلا انه وقع الكلام في الوصية بناء على كونها من الايقاعات كما هو المختار ولا يدخل الفضولي الايقاع كما ادعي على ذلك الاجماع ، قال شيخنا الأنصاري (قدس سره) في أول مبحث الفضولي ما هذا لفظه (بعد اتفاقهم على بطلان ايقاعه) انتهى .

أقول دعواه الاتفاق على بطلان الايقاع بلحوق الاجازة محل منع بل صرح بعضهم بصحة بعض الايقاعات الملحقة بالاجازة لذهاب الكل أو الجل الى صحة عتق الراهن للعبد المرهون اذا لحقته اجازة المرتهن، وعن العلامة صحة عتق المفلس مع اجازة الفرماء ، وعن كاشف الغطاء (قدس سره) تقوية الجواز في الايقاعات ، نعم يمكن دعوى الاجماع على عدم وقوع الطلاق اذا وقع فضولا ولو لحقته الاجازة ، وذلك لما يستفاد من أدلته لا لأن الايقاع لا يدخله الفضولي ، ولذا احتمل في الدروس صحة الوصية بلحوق الاجازة قال في الدروس : (ولا تصح الوصية بملك الغير ولو أجاز الغير احتمل النفوذ) انتهى . وأيد ذلك بعض المحققين فقال بصحة الفضولي في الايقاعات بتصرف المالك بما زاد عن الثلث اذا أجاز الوارث ، وقد أورد عليه بعضهم بأن ذلك أجنبي عن الفضولي ، فان المال الزائد لم ينتقل الى الوارث لكي تكون اجازته من قبيل من باع شيئاً ثم ملك ، أو يجيز في حال الحياة فيكون من قبيل اسقاط ما لم يجب ، بل ان الموصى له يتلقى الملك من الموصي لا من الوارث ، فاجازة الوارث انما هي تنفيذ للوصية لقيام الدليل على ذلك ولا يستكشف من الدليل اثبات حق للوارث ،

وانما هو تعبد صرف ، ولكن لا يخفى ليس المراد من الفضولي هو اثبات حق ليتوقف نفوذ العقد على نفي ذلك الحق ، بل كل عقد يتوقف نفوذه على الاجازة سواء أكان تصرفا في ملك الغير أم لتعلق حق كالرهن أو غيرهما ، مثل العقد الصادر من الباكر بدون اذن الولي أو كالعقد الواقع على بنت الأخ أو الاخت المتوقفة على اذن العمة أو الخالة ، ففي كل هذه الصور يدخل في العقد الفضولي .

وبالجملة الفضولي عبارة عن كل عقد أو ايقاع : تتوقف صحته على الاجازة ، فمع عدم الاجازة يكون من الفضولي من غير فرق بين كون التوقف على الاجازة لأجل وجود حق فيما يتعلق به العقد أو الايقاع ، وبين كون التوقف على الاجازة لأجل التعبد من دون حق في المتعلق ، فعليه يكون ما أوصى بما زاد على الثلث مع عدم جواز الورثة الزائد من الفضولي .

الأمر الثاني يعتبر في متعلق الوصية ان يكون مالاً شرعاً ، فلا تصح الوصية بالحشرات لعدم كونها مالاً ، ولا تصح أيضاً باعيان المحرمات كالخمر والخنزير وكتب الضلال وآلات القمار وكلب الهراش لعدم ماليتها عند الشارع والمنع عن الانتفاع بها ، كما انه يعتبر في متعلق الوصية ان يكون قابلا لدخوله في ملك الموصي والموصى له ، فلا تصح الوصية بالخنزير من مسلم لمستحله ولا من مستحله لمسلم . واما الوصية من مستحله لمستحله فهل يجوز أم لا ؟ قال الشيخ في الجواهر : (لا يجوز الوصية من مستحله لمستحله لكونهم مكلفين بالفروع كتكليفنا ، وان دليل الالزام الدال على اقرارهم على وفق مذهبهم لا يقتضي الصحة) وأورد عليه بعض من تأخر بحكومة دليل الالزام على الأدلة الواقعية ، فقال بجواز وصية المستحل للخمر والخنزير

لمستحله ، والانصاف ان دليل الالزام ان كان فيه اطلاق لمثل الوصية ونحوها فيقدم دليل الالزام على أدلة عدم صحة الوصية بما هو محرم شرعاً ، وان لم يكن لدليل الالزام اطلاق بل ذلك في النكاح والطلاق ونحوهما فلا يشمل مثل المقام ، فليس لذلك الدليل حكومة على تلك الأدلة ، وحينئذ لا تصح الوصية لما لا يكون قابلا للملك كالخمر والخنزير ولو كان في مستحله لمستحله ، والظاهر عدم اطلاق لأدلة الالزام ولذا الاقوى عدم الجواز مطلقاً .

الأمر الثالث يعتبر في الوصية العهدية ان يكون ما عهد به أمراً سائغاً مباحاً فلا تصح الوصية بصرف مال فى مساعدة الظالم وقطاع الطرق وتعمير الكنائس والبيع ، وبذل المال لنسخ كتب الضلال وشراء المحرمات كالخمر والخنزير ، بل لا يصح فيما يكون صرف المال فيه سفهاً وعبثاً لأن ارتكاب ذلك معصية ، ولا يجوز امتثال ما هو محرم إلا ان تزول حرمته عنه ، ويدل على عدم جواز ذلك . قوله تعالى : (فمن خاف من موص جنفاً أو اثماً . . .) الآية ، أي الموصى اليه ان خاف جنفاً من الموصي فيما أوصى اليه بما لا يرضي الله اثم على الموصى اليه ، بل يظهر انه يرد الى المعروف ، ففي المرسلة ان الله تبارك وتعالى كلف الموصى اليه ان يغير الوصية ان لم تكن بالمعروف وكان فيها جنف ويردها الى المعروف بقوله تعالى (فمن خاف من موص جنفاً أو اثماً فاصلح بينهم فلا اثم عليه) (١) ، وبهذه الرواية يقيد اطلاق قوله تعالى : (فمن بدله بعد ما سمعه . . .) (٢) ، الآية أو يلتزم بأن هذه الآية هي ناسخة لحرمة التبديل لرواية محمد بن

(١) سورة البقرة آية ١٨٢ .

(٢) سورة البقرة آية ١٨١ .

سوقة قال سألت أبا جعفر عن قول الله عز وجل (فمن بدله بعد ما سمعه) قال نسختها الآية التي بعدها فمن خاف من موص جنفاً الآية والظاهر هو الأول ، إذ المراد بالنسخ هو التقييد . وهذا الذي ذكرناه من عدم جواز الوصية بما هو معصية لا يفرق بين كونه معصية واقعاً أو معصية عند الموصى اليه ، كما لو اجتهد أو قلد من يقول بأن النقل الى المشاهد المشرفة مع تحقق الفساد الطارىء على الميت غير مشروع مع ان الميت كان مجتهداً أو مقلداً لمن يرى جوازه ، فان الوصي يرى ذلك معصية لا يجوز تنفيذ ما ذكره الموصي . وعليه فتكون الوصية في مثل هذا الفرض بلا وصي فهل للحاكم التصدي واعطاء السلطة لمن يقوم بتلك الشؤون؟ الظاهر ذلك اذا كانت الوصية بنحو تعدد المطلوب وبدونه ليس للحاكم التصدي لانتفاء الوصية ، واما لو انعكس الأمر بأن كان عند الموصي محرماً وليس كذلك عند الوصي فيمكن القول بوجوب القيام بما أوصى اليه وان كان الموصى بوصيته قد اثم بها بحسب نظره ، اللهم إلا ان يقال بأنه لا يصح منه الانشاء لاعتقاده بكونه معصية فلا يصح انشاؤه ، ان كان قصد الايصاء والانشاء قربياً لعدم تمشي قصد القربة وان لم يكن القصد ذلك بل كان لداع آخر فلا مانع منه .

ويترتب على ما ذكرناه من ان يكون متعلق الوصية امراً مشروعاً سائغاً بطلان من اوصى بتغسيله وتكفينه ودفنه لغير الولي مع منع الولي له لعدم مشروعيته فلا يجوز قيام الوصي به لكونه معصية ، ولكن لا يخفى انا نمنع عدم مشروعيته بعد تعلق الوصية فيكون غير مشروع في نفسه لولا الوصية ، فبالوصية ينقلب ذلك العنوان ويكون من قبيل العناوين الثانوية الطارئة على الشيء الرافعة للاحكام السابقة ، وانما لا تصح

الوصية فيما اذا كان حكماً كالحرمة المترتبـــة على الموضوع مطلقاً حتى بعد الوصية ، وقد ذكرنا ذلك في الشروط . وحاصله ان الأحكام المترتبة على موضوعاتها على قسمين : منها ما تكون مطلقة حتى بعد طرو العناوين الثانوية كنسبة الأحكام المحرمة والواجبة لموضوعاتها ، واخرى ثابتة لموضوعاتها فى الجملة أي لو خلي وطبعه كالمباحات والمكروهات والمستحبات ، وبعبارة أخرى نسبة الأحكام لموضوعاتها تارة تكون بنحو العلية واخرى بنحو المقتضي ، فما كان من قبيل الأول فكل عنوان يطرأ عليه لا يغيره ولا يقلبه عن حكمه السابق كالمحرمات والواجبات المترتبة على موضوعاتها ، فان الموضوع اخذ على نحو العلية لا يتغير حكمه بالعناوين الطارئة عليه مثل النذر واليمين والشرط وامر الوالدين فلذا لا تصح الوصية بذلك لعدم تغيره بها ، وما كان من قبيل الثاني كالمباحات والمستحبات والمكروهات فانها اخذت هذه الأحكام بالنسبة الى موضاعاتها بنحو الاقتضاء فلذا تتغير بتغيير العناوين الطارئة عليها .

اذا عرفت ذلك فاعلم ان الوصية العارضة على مثل التجهيز والتكفين بدون اذن الولي هو امر غير مشروع فالوصية لا تصح به ، فلذا نسب الى المشهور عدم الجواز لكونه معصية حتى بعد الوصية والوصية حينئذ لا تغيره ، ولكن الانصاف انه يمكن منع ذلك بدعوى ان المقام من قبيل ثبوت الأحكام للموضوعات بنحو الاقتضاء فيكون التجهيز من التغسيل والتكفين والدفن يثبت لها عدم المشروعية مع عدم اذن الولي لولا الوصيه ، اللهم الا ان يقال ان الوصية فى المقام لا تصح لكون هذه الامور من حقوق الولي وليس من حقوق الميت ، فالوصية بالنسبة اليها تكون باطلة لانها وصية في حق الغير ولعل المشهور استند فى البطلان الى ذلك .

الأمر الرابع . ان يكون ما أوصى به له نفع محلل فلا تصح الوصية بما لا ينتفع فيه اما لخسته او لقلته كحبة الحنطة ، واما مالا منفعة فيه محللة كآلات اللهو اذا لم يمكن تغييرها فلا تصح الوصية بها وتصح الوصية بماله نفع محلل سواء كان من الأعيان والمنافع او الحقوق القابلة للنقل ، فلا يصح بما لا يكون قابلاً للنقل كحق القصاص والشفعة لمنافاتها للغرض المقصود منهما ، ففي الاول الغرض هو استيفاء الوارث منه وبالنقل ينافي ذلك وفي الثاني الغرض منه دفع الضرر عن الشريك بالشركة ولاحظ للموصى له في ذلك ، بل لا يصح مطلق مالا يقبل النقل كالوقف وام الولد وحد القذف ويصح فيما يقبل النقل كحق التحجير والاختصاص ، ويكفي في صحه الوصية ان يكون له حق ولو حق الاختصاص كالخمر المتخذ للتخليل . كما تصح الوصية بالخيار اذا كانت الوصاية بالعين التي تعلق بها الخيار .

ثم ان متعلق الوصية تارة يكون عيناً خارجياً واخرى منفعة ، والمنفعة إما موقتة بان يوصي منفعة داره مدة معينة واخري منفعة دائمية ، وطريق معرفة تلك المنفعة هو ان تقوم الدار بمنافعها ثم تقوم حينئذ مسلوبة المنفعة اذا كانت لها قيمة كمثل عتق العبد وتخرج من مجموع ما قوم فالباقي يعتبر من الثلث ، ومع زيادته على الثلث يحتاج الى اجازة الورثة وان لم يكن للعين المسلوبة قيمة بعد تقويم المنافع الدائمية فحينئذ تكون جميع القيمة معتبرة من الثلث ، واما العين فتارة معينة معلومة كما لو اوصى بعين معلومة وكانت تساوي الثلث فيملكها الموصى له بمجرد الموت ولا يحتاج الى مراجعة الورثة فيما اذا وصل الى الورثة ضعف ما أوصى به ، واما لو لم يصل اليهم شيء فليس للموصى له الا ثلثه . وبالجملة ملكية الموصى له انما تستقر لو حصل مثليه بيد

الورثة والا فلا لمزاحمة حق الوارث ، واخرى ان يوصي باحد الشيئين كاحد العبدين او احد الدارين ، وثالثة ان يوصى بكلي سواء كان في الذمة كما لو اوصى بصاع من الحنطة او كلى في الخارج كصاع من هذه الصبرة المعلومة ، ورابعة ان يوصي بحصة مشاعة كالربع او الخمس او السدس مثلاً وهذا مما لا اشكال بصحة الوصية بهذه الامور الغير المشخصة ويكون امر التعيين بيد الوصي او الوارث مع التفويض اليه ، وحينئذ تستقر ملكية الموصى له بمجرد الموت على نحو الشركة والاشاعة ويكون له حق بكل ما يصل الى الوارث بمقدار ما اوصى له فان هذا الاستقرار ليس للوارث مزاحمة ، واما لو اوصى بحصة مشاعة غير مشخصة كما لو اوصى بجزء او سهم او بشيء لزيد مثلاً او اوصى بلفظ النصيب او القسط او نحو ذلك من الوصايا المبهمة المنطبقة على القليل والكثير فان كان هناك متعارف من العشر او السبع او السدس فيحمل عليه ، ومع عدم وجود ما هو متعارف فالأظهر ان الوصية بها تصح فيرجع امر التعيين الى الوصي او الوارث ان فوض الموصي اليهما امر التعيين اما نصاً او من جهة كونهما المخاطبين بذلك . نعم يمكن ان يقال فى مثل الجزء والسهم والشيء ان لها معان شرعية وان اختلف في تعيين معنى الجزء هل هو العشر او السبع ومنشأه اختلاف الراويات واما السهم بمعنى الثمن والشيء بالسدس ، اما الجزء فقد وردت عدة روايات بان المراد به العشر كما في الكافى عن عبدالله بن سنان عن عبدالرحمن ابن سيابه ان امرأة اوصت الي وقالت ثلثي يقضى به ديني وجزء منه لفلانة ، فسألت عن ذلك ابن ابي ليلى فقال ما ارى لها شيئاً ما ادري ما الجزء ، فسألت ابا عبدالله (ع) بعد ذلك عنه وخبرته كيف قالت المرأة وبما قال ابن ابي ليلي فقال كذب ابن ابي ليلى لها عشر الثلث

ان الله عز وجل أمر ابراهيم (ع) فقال : (اجعل على كل جبل منهن جزءاً) وكانت الجبال يومئذ عشرة فالجزء هو العشر من الشيء (١) ، وما رواه المشايخ الثلاثة الموثق والحسن الذي لا يقصر عن الصحيح كما قيل عن معاوية بن عمار قال سألت ابا عبدالله (ع) عن رجل اوصى بجزء من ماله ، قال جزء من عشرة قال الله تعالى : (ثم اجعل على كل جبل منهن جزءاً) فكانت الجبال عشرة (٢) ، وعن ابان بن تغلب قال قال ابو جعفر (ع) : الجزء واحد من عشرة لان الجبال كانت عشرة والطير اربعة ، وعن ابي بصير عن ابي عبدالله (ع) في رجل اوصى بجزء من ماله قال جزء من عشرة وقال كانت الجبال عشرة (٣) ، وعن العياشي في تفسيره فانه ذكر قضية ابي جعفر المنصور حيث جمع القضاة عن هذه المسألة فلم يعرف احد منهم ، فارسل من يسأل أبا عبدالله عليه السلام ، فقال : هذا في كتاب الله الى ان قال اجعل على كل جبل منهن جزءاً ، وعن محمد بن اسماعيل بن عبدالله في هذه المسألة وقد سئل ابو حنيفة عنها فقال : الربع ، قال الراوي وصلت الى مكة حاجاً فسألت ابا عبدالله (ع) وكان حاضراً ابو حنيفة وابو ليلى وقال لهما باي شيء تقولان ؟ فقال كل واحد منهما الربع ، فقال جعفر بن محمد عليه السلام من اين قلتم الربع ؟ قال لقوله تعالى : (فخذ اربعة من الطير فصرهن اليك واجعل على كل جبل منهن جزءاً) (٤) فقال قد علمت الطير اربعة ، فكم كانت الجبال ؟ انما الاجزاء للجبال لا للطير ، فقالا ضننا انها اربعة (٥) ، الى غير ذلك من الاخبار الكثيرة

---

(١) (٢) (٣) الوسائل كتاب الوصايا باب ٥٤ حكم من اوصى بجزء من ماله .　　(٤) سورة البقرة آية ٢٦٠ .

(٥) الوسائل كتاب الوصايا باب ٥٤ باب من اوصى بجزء من ماله

فانها كما ترى صريحة في تعيين المراد من الجزء هو العشر . واما الاخبار الدالة على كون المراد من الجزء السبع فهي ما عن الشيخ في الصحيح كما قيل عن البزنطي قال سألت اباعبدالله (ع) عن رجل اوصى بجزء من ماله ، فقال يأخذ واحداً من سبعة ان الله تعالى يقول : (لها سبعة ابواب لكل باب جزء مقسوم) (١) قلت رجل اوصى بسهم من ماله فقال: السهم واحد من ثمانية ، ثم قرأ : (إنما الصدقات للفقراء والمساكين الآية) (٢) ، وعن اسماعيل بن همام عن الرضا (ع) في رجل يوصي بجزء من ماله فقال (ع) : الجزء من سبعة كقوله تعالى لها سبعة ابواب (٣) ، وعن الفقيه والتهذيب عن ابي الحسن عن رجل اوصى بجزء من ماله قال سبع ثلثه الى غير ذلك من الاخبار الدالة على ان المراد من الجزء السبع ، واختلاف الاخبار اوجب اختلاف كلمات الاصحاب فبين قائل بالعشر ، وبين قائل بالسبع والطائفة الاولى اكثر رواية والثانية اكثر قولا فلذا كان الترجيح للقول الاول لكونه اشهر رواية لقوله (ع) : خذ باشهرهما ، ومع عدم ملاحظة الترجيح يحكم بالتخيير ، والاحوط الاخذ بالطائفة الاولى . واما الشهرة الفتوائية فلم يقم الدليل على الترجيح بها . واما السهم فالذي يظهر من الروايات انه الثمن كما مر في ذيل رواية البزنطي انه سأل ابا الحسن عن رجل اوصى بسهم من ماله قال : السهم واحد من ثمانية ، وعن صفوان عن الرضا (ع) : السهم واحد من ثمانية ، وعن السكوني وارشاد المفيد ذكر قضايا اميرالمؤمنين (ع) وانه علل ذلك بآية : (إنما

---

(١) سورة الحجر آية ٤٤ .

(٢) سورة التوبة آية ١٠ .

(٣) الوسائل كتاب الوصايا باب ٥٦ حكم من اوصى بسهم من ماله .

الصدقات للفقراء والمساكين الآية) الى غير ذلك من الاخبار الدالة على ان المراد من السهم هو الثمن ، واما الشيء فالمراد به هو السدس كما ادعي عليه الاجماع ، ولخبر ابان عن علي بن الحسين (ع) انه سئل عن رجل اوصى بشيء من ماله فقال الشيء في كتاب علي من ستة (١) ، فهذه الاخبار كلها تدل على وجود معان شرعية لتلك الالفاظ المبهمة فلابد من حملها على تلك المعاني ، فعليه لا يكون امر التعيين بيد الوصي او الوارث الا بالنسبة الى الجزء بناءاً على التخيير بين العشر والسبع فان تعيين ذلك بيد الوصي او الوارث ، والظاهر ان الوصية بالجزء يكون من الوصية العهدية لا التمليكية لكون متعلق الوصية مردداً بين السبع والعشر ، كما ان في غير هذه العناوين كالنصيب والقسط والحظ الفاظ مبهمة والوصية نافذة ، فيرجع امر التعيين الى الوصي او الوارث لكون كل واحد منهما هو المقصود بالخطاب . ودعوى ان التعيين بيد الوارث فانه ان دفع الاقل فهو المتيقن ، وان دفع الاكثر فيكون دفعه للزائد اجازة منه ممنوعة ، فان الاكثر على تقدير اختياره فهو من افراد ما اوصى به وليس دفع الزائد اجازة من الوارث ، كما ان الوصي له دفع الزائد من غير احتياجه الى مراجعة الوارث . نعم لقائل ان يقول بما انها مجهولة محتملة للقليل والكثير لا معنى لتمليكها فحينئذ تدخل في الوصية العهدية . وهذا الذي ذكرناه يجري في جميع الالفاظ المبهمة ما لم تكن لها معان شرعية فتحمل عليها كما عرفت بالنسبة الى السهم والشيء . واما الجزء فان المعنى الشرعي مردد بين العشر والسبع فيرجع امر تعيينه من العشر والسبع الى الوصي او الوارث ، وحيث ان حملها على تلك المعاني الشرعية على خلاف ما تقتضيه القاعدة بالنسبة

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٥٦ حكم من اوصى بشيء من ماله .

الى الالفاظ المبهمة لذا يقتصر على المتيقن من تلك الالفاظ فلا يشمل مثل جزء الجزء او جزء الشيء او السهم وان احتمل ان يراد من جزء الجزء عشر العشر او سبع السبع ، واما لو اوصى ان يعطى لزيد مثلا كثيرا من الدراهم فعن جماعة كالشيخ والصدوق ان لفظ الكثرة له معنى شرعي وهو مقدار خاص وهو ثمانون كما في النذر ، فانه لو نذر ان يعطى لأحد مالا كثيرا ان جاء زيد فيجب ان يعطى ثمانين درهما للرواية التي وردت فيه مستدلا بها على ذلك بقوله تعالى : (ولقد نصركم الله فى مواطن كثيرة) وقد كانت ثمانين ، بل عن الشيخ . ان ذلك يجري فى كل مورد فيه لفظة كثير ، وقد خالف فى ذلك جماعة آخرون ، بل ادعى عليه المشهور وقالوا بان تفسير لفظ الكثرة بالثمانين في خصوص النذر ولا يتعدى الى غيره اقتصاراً فيما خالف الاصل والعرف واللغة على المتيقن . والظاهر ان لفظ الكثير من سائر الالفاظ المبهمة ليس لها معنى شرعي ، وارادته فى مورد من القرآن المجيد لا يوجب جعله معنى شرعي مع انه فى موارد عديدة من القرآن عدم ارادة الثمانين .

ثم لا يخفى انه لا يشترط فى العين الموصى بها ان تكون موجودة بل ولو كانت معدومة اذا كانت متوقعة الوجود كما اذا اوصى بما تحمله الدابة او الجارية او منفعة العين الموجودة كثمرة الشجرة المتوقع حصولها في المستقبل ، كما انه لا يعتبر القدرة على التسليم فتصح الوصية فى العبد الآبق ولو من دون ضميمة لاطلاق أدلة الوصية .

المسألة الرابعة

لو اوصى بما زاد على الثلث يتوقف على اجازة الوارث من غير فرق بين ان يكون ما اوصى به عيناً معينة ازيد من الثلث او مقداراً كالف دينار وكان زائداً على الثلث للادلة الدالة على انه لا تنفذ الوصية الا باجازة الوارث وليس لثبوت حق للوارث في مال الموصى به لكي تكون اجازته اسقاطاً لحقه بعد الموت ، فان اجاز بعد الموت نفذت الوصية بلا خلاف بين الأصحاب لا لانه انتقل من الوارث الزائد الى الموصى له لما هو معلوم ان الموصى له يتلقى الملك من الموصي ابتداءاً وانما اجازة الوارث بتنفيذ الوصية اذا كانت بعد الموت ولو ردها في حال الحياة ، واما لو اجاز الوارث في حال حياة الموصي فهل الوصية تنفذ ولو ردها بعد الموت ؟ الظاهر انها تنفذ الوصية باجازة الوارث ولو ردها بعد الموت وفاقاً للاكثر لرواية منصور ابن حازم قال سألت ابا عبد الله (ع) عن رجل اوصى بوصية اكثر من الثلث وورثته شهود فاجازوا ذلك له قال (ع) جائز (١) ، وصحيحة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله في رجل أوصى بوصية وورثته شهود فاجازوا ذلك ولما مات نقضوا الوصية ، هل لهم ان يردوا ما اقروا به ؟ قال : ليس لهم ذلك الوصية جائزة عليهم اذا اقروا بها في حياته (٢) . وهذه الأخبار كما ترى صريحة في الدلالة على ان تصرف الموصي بأزيد من ثلثه يتوقف

---

(١) الوسائل كتاب الوصاية باب ١٣ ان الورثة اذا اجازوا الوصية

(٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٣ ان الورثة اذا اجازوا الوصية في حياة الموصي .

على اجازة الورثة ، ولو امضوه فى حياته نفذت ، ولو ردوها بعد الموت لا يؤثر الرد . ودعوى ان المستفاد من هذه الاخبار ثبوت حق للوارث في حال الحياة فلذا تكون الاجازة نافذة ممنوعة بأنه لو دلت على ذلك لكان الرد ينبغي ان يؤثر في حال الحياة لاسقاط حق الوارث وقد عرفت سابقا بان في حال الحياة لا ملكية اصلا لا فعلية ولا انشائية وانما الموجود انشاء الملكية ، واما الملكية المنشأة فانما هي بعد الموت فتأثير الاجازة فى حال الحياة انما هو لتعبد شرعي محض لا يمكن تطبيقه على القاعدة . واما الاجازة والرد بعد الموت فهو على القاعدة ، لان ملكية الموصي للمال ملكية دائمية ليست كملكية البطن السابق بالنسبة الى البطن اللاحق ملكية ما دامت الحياة ، فالموت بالنسبة الى الوقف يوجب انتهاء أمد الملك ولذا تبطل اجارة الوقف بموت البطن السابق بخلاف ما لو آجر داره مدة تزيد على حياته فان العين تنتقل الى الوارث مسلوبة المنفعة ، والاجارة بعد الموت صحيحة ، وفي الوصية لما كانت انشاء تمليك معلق على الموت صادف زمان الشرط زمان حق الوارث ، فلذا تكون اجازته في ذلك الحين اسقاطاً لحقه ورده يوجب ان يكون مانعا من ترتب الاثر .

ولاجل ذلك قلنا ان الاجازة من الوارث تنفيذ للوصية فيتلقى الموصى له العين من الموصي لا من الوارث .

وبالجملة الموصي اوجد المقتضي ، والاجازة بعد الموت من قبيل الشرط ، والرد من قبيل المانع ، ومن الواضح ان المقتضى لا يؤثر الا مع تحقق الشرط وعدم المانع ، فالاجازة في حال الحياة وكذا الرد لا اثر لهما اذ في حال الحياة لم يوجد المقتضي لكي تؤثر الاجازة والرد ، ولا يستفاد من الادلة اثبات حق للوارث ليكون من اسقاط

الحق . نعم الادلة دلت على ان الاجازة في حال الحياة موجبة لتنفيذ الوصية تعبداً ولو حصل الرد بعد الموت وحينئذ لابد ان يقتصر على الاجازة فى حال الحياة ولذا لا نقول بتأثير الرد في حال الحياة ، فلو حصل الرد في حال الحياة ولم يستمر الى ما بعد الموت وحصلت الاجازة بعد الموت لا يؤثر الرد . ودعوى ان الاخبار الدالة على تأثير الاجازة في حال الحياة تحمل على الوصية في حال المرض لما يستفاد من بعض الاخبار الواردة في منجزات المريض بأن المريض محجور عليه ولايتصرف بما زاد على ثلثه وان الوارث في حال المرض له حق فى المـــال ، فحينئذ فى حال المرض اجازة الوارث لها تأثير فيسقط حقه وينطبق على القاعدة ممنوعة ، بان الاخبار الدالة على تأثير الاجازة في حال الحياة ولو تعقبها الرد مطلقة تشمل الصحة والمرض مضافاً الى ما سيأتي ان شاء الله بيانه من عدم تمامية تلك الاخبار الدالة على حجر المريض ، على انا لو سلمنا دلالتها لا تصلح لتقييد هذه الاخبـار بحال المرض ، ثم انه يستفاد من هذه الاخبار ان التوقف على اجازة الوارث لوكان في حياته احد الورثة من طبقات الميراث ، واما لو لم يوجد ما عـدا الامام فالظـاهر نفوذ وصيته بمـا زاد على الثلث ، فلو اوصى بجميع ماله نفذ فى الجميع من غير حاجة الى الرخصة من الحـاكم الشرعي لانصراف هذه الاخبار الى غير هـذه الصورة ، كما انه يستفاد من الاخبار ايضاً انه لو رد بعض الورثة دون البعض الآخر نفذت الوصية بالنسـبة الى من اجاز وبطلت بالنسبة الى من رد ، فاذا كان للموصي ابن وبنت واوصى لزيد بنصف ماله قسمت التركة ثمانية عشر نفذت في ثلثها وهي ستة ، وبالنسبة الى الزائد اي الثلاثة احتاج الى امضاء الابن والبنت فان امضيا معاً نفذت في تمامها ، وان امضى الابن دون

البنت نفذت في اثنين وبطلت في واحد وكان للموصى له ثمانية ، وان كان بالعكس كان الامر بالعكس وكان للموصى له سبعة ، وان لم يمضيا معاً لم تنفذ بالنسبة الى الثلاثة الزائدة على ثلثه ونفذت في ثلثه فقط فيكون للموصى له ستة ، ويستفاد من قوله عليه السلام وورثته شهود ورثته عند الموت لانه وقت انتقال التركة ، فمع اجازة من يرث بعد الموت يوجب تنفيذ الوصية ، واما لو كان وارثاً حين الوصية وليس وارثاً بعد الموت بان مات قبله او قتله فمنع من الميراث فلا تنفع تلك الاجازة ، كما انه لا يعتبر اجازة من لم يكن وارثا عند الوصية ثم صار وارثا عند الموت ، مثلا للموصى له اخ وابن حين الوصية واوصى بما زاد على الثلث فاجاز الابن الزيادة او الاخ اجاز ثم توفي الابن قبل ابيه فلم تنفع اجازة الابن لكون الوارث عند الموت هو الاخ ولم تنفع اجازة الاخ لعدم كونه وارثا عند الوصية . نعم الاخ شاناً يرث وهو لا ينفع ، وليس من قبيل ما لو باع شيئاً ثم ملك حيث انه بالاجازة يتلقى الملك من الموصي ابتداءً لا من المجيز . نعم هو من قبيل من اجاز ثم ملك الاجازة فانه لو قلنا بكفاية اجازة من ملك الاجازة فالوصية تكون صحيحة وتكون كمن اجاز بعد الموت فيخرج عن محل الفرض وهو ما لو اوصى بما زاد واجاز الوارث في حال حياة الموصي بلا حاجة الى اجازة ثانية ، ثم ان الزيادة التي تتوقف على اجازة الوارث هل هي عند الوفاة او الزيادة عند الوصية ؟ قيل بالاول لما يستفاد من حال الشخص عند ما يوصي يلاحظ ما يملكه في ذلك الحين فتعتبر الزيادة في ذلك الوقت ، ولكن الانصاف انه خلاف ما يستفاد من الاخبار ، وان المستفاد هو الزيادة عند الموت كما عليه الاصحاب من غير فرق بين ان يكون حين الوصية زائداً عليه حين الموت او كان

غير زائد حين الوصية وبعد الوصية صار زائداً بأن ارتفعت قيمته السوقية ، او لنقصان قيمته عند الموصي ، او بخروج بعض امواله عن الملكية ، فحينئذ تكون العين الموصى بها زائدة على ثلثه . نعم وربما يقال بالنسبة الى الوصية بثلث المال على نحو الكسر المشاع ثم تجددت مالية الموصي ، مثلا : كانت ماليته عند الوصية الف دينار وعندالموت يساوي الف وخمسمائة دينار الاعتبار بثلث المال حين الوصية لا حين الوفاة إلا ان الظاهر الاعتبار بحين الوفاة إلا اذا كانت هناك قرائن تدل على ارادة الثلث حين الوصية بان عدد امواله وقال ثلث اموالي المذكورة لزيد بعد وفاتي فالظاهر منه ارادة ثلث المال حين الوصية . ثم لا يخفى ان اجازة الوارث لما زاد على الثلث ليست على سبيل الفور للأصل واطلاق النص والفتوى كقبول الموصى له واجازة الفضولي بل قد عرفت انه من قبيل اجازة الفضولي . هذا فيما لو علم بتحقق الزيادة . واما لو شك الوصي في كون الموصى به قدر الثلث او ازيد فهل يجب عليه التريث عن التصرف فيما زاد على المتيقن او عدمه ؟ وجهان ، نعم يجوز له التربص حذراً من لحوق الضمان ، واما لو علم بالزيادة على الثلث ولكن شك في كونها من التبرع الموقوف علىالاجازة او مما يخرج من الاصل او خارجاً عن ملكه ، فالاقرب وجوب التوقف حتى يعلم ذلك . ودعوى جواز التصرف حتى يتبين الخلاف حملا لفعل المسلم على الصحيح في غير محله إذ الوصية حينئذ بما زاد لم يكن باطلا ، كما ان التوقف على الاجازة لا ينافي الصحة .

ثم لا يخفى انه يعتبر في المجيز حال الاجازة ان يكون جائز التصرف فلا تصح الاجازة من المجنون حال جنونه او السكران حال سكره ، ولا المغمى عليه حال اغمائه ، والصبي لدون العشرة . واما

المحجور عليه لفلس فان وقعت فى حال حياة الموصي نفذت لعدم كونها تصرفاً ولا متعلقاً بالمال حق الغرماء . وان وقعت بعد الموت فعلى النقل ، وان تلقى الموصى له من الوارث المحجور عليه كما عليه العامة فلا تنفذ لتعلق حق الغرماء ، ومع الكشف فيحتمل النفوذ لكون الاجازة رضىً بتمليك الموصي فليس مالا للوارث لكي يتعلق حق الغرماء به ، اللهم الا ان يقال عدم نفوذ الاجازة فى الزائد يصير سبباً لانتقال المال الى الوارث فيتعلق حق الغرماء به . وهذا لا يفرق بين كون الاجازة كاشفة او ناقلة ، والانصاف ان التوقف على الاجازة ليس لوجود حق للوارث فى العين وانما هو امر تعبدي ، وتلقي الموصى له انما هو من الموصي ، فاجازة الوارث ليس تصرفاً مالياً فى العين ، ولا حق الغرماء متعلق بالعين لكي يكون تصرفاً فى حق الغير فالأقوى اذاً للمفلس الاجازة مطلقاً سواء كانت الاجازة كاشفة او ناقلة بناءاً على بقاء المال على ملك الميت الى حين حصول الاجازة لكي ينتقل من الموصي الى الموصى له واما بناءاً على عدم قابليته للملك لعده عرفا من الجمادات ، وان تعلق حق الديان بالمال من قبيل حق الرهانة فلا معنى لكون الاجازة ناقلة .

ثم لا يخفى انه يجب على الوصي تنفيذ الوصية بما يراه اجتهاداً او تقليداً . فلو كان الموصي يرى اجتهاداً او تقليداً نفوذ الوصية بما زاد ولا يتوقف على اجازة الوارث ولم يكن من رأي الوصي ذلك لم تنفذ تلك الوصية فالعمل على اجتهاد وتقليد الوصي لأنه المكلف بالعمل بما يراه مشروعاً . ثم لا يخفى ان الاجازة تحتاج الى ما يدل عليها لكونها امضاءً وتنفيذاً للوصية فلا يكفي فيها مجرد الرضا وطيب النفس .

المسألة الخامسة

للموصي تعيين ثلثه فى أي عين شاء ، فاذا عين الموصي للموصى له عيناً خاصة اختص بها الموصى له ان كان بقدر الثلث او اقل منه وليس للوارث مزاحمته لما يستفاد من الأدلة : ان للموصي تعيين ثلثه فى أي عين شاء ويملك الموصى له تلك العين ويتصرف بها بانحاء التصرف بمجرد الموت مع عدم رده ويكون من املاكه ومن مختصاته ، فلو تلفت تلك العين يكون من الموصى له ، كما انه لو تلف ما عدى هذه العين يكون من الوارث ولو كان بعض مال الوارث غير حاضر ، الا ان الذي يظهر من بعض الأصحاب ان المال لو كان بعضه غائباً والحاضر الموجود اقل من الثلثين فمع تلف المال الغائب الراجع الى الوارث فانه يرجع الى الموصى له في العين الموصى بها بمقدار ما تلف من المال الغائب فتلفه يحدث شركة فى تلك العين ، فحينئذ استقرار ملكيه تلك العين يتوقف على قبض الوارث للمال الغائب او وكيله ، فلو تبين التلف يكون الوارث شريكاً للموصى له فى تلك العين بمقدار ما تلف من حين التلف لا من حين الموت ، فلو حصل نماء من تلك العين قبل التلف وبعد الموت فهو للموصى له . فعليه يجوز للموصى له بعد موت الموصي ان يتصرف فى ثلث العين فيما إذا لم يزاحم الاشاعة والشركة .

فما يظهر من بعض التوقف في التصرف بالعين حتى فى ثلثها لا وجه له ، إذ التصرف في ثلث العين ليس له مزاحمة لحق الوارث . نعم ظاهر الأصحاب ليس له التصرف بتمام العين بمجرد الموت لاحتمال

حدوث حق للوارث في العين . هذا ولولا تسالم الأصحاب على عدم جواز تصرف الموصى له في تمام العين لكان القول بجواز تصرف الموصى له بتمام العين هو الموافق للاصول كاصالة سلامة الغائب وعدم حدوث سبب الشركة واصالة عدم تلف المال الغائب ، اللهم إلا ان يقال بانه من الأصول المثبتة لجواز التصرف وقد حرر عدم جريانها .

(اقول) ظاهر كلمات الاصحاب ان مال الغائب إذا كان فى معرض التلف لكونه خارجا عن سلطنة الورثة فيمنع من التصرف في تمام العين ، واما اذا لم يكن في معرض التلف فلا مانع من تصرف الموصى له بتمام العين ، وهذا الذي ذكره الاصحاب في المقام يجري فيما لو كان للميت ديون وهي فى معرض التلف فانه يمنع من التصرف في تمام العين ، فمع الشك فى تحقق التلف وعدمه لا مانع من التصرف فى تمام العين لعموم السلطنة . ودعوى انه من التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية اذ الشك في التلف شك في مالية تمام العين للموصى له فالتمسك بعموم العام يكون من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية وقد منع من التمسك بالعموم فى ذلك ممنوعة إذ المقام ليس من ذاك القبيل وانما هو من الشك في عروض المنع لعموم العام .

ثم لا يخفى انه كما للموصي تعيين ثلثه في اي عين شاء ، كذلك له ان يجعل امر التعيين الى الوصي او الموصى له فيتعين بتعيينه ، لان ذلك من شؤون ملكيته ، ومع الاطلاق بان قال : ثلث مالي لزيد فحينئذ يكون امر تعيين ما يستحقه الموصى له بنظره مع رضاء الورثة لحصول الشركة بين الموصى له والورثة . هذا فى الوصية التمليكية .

واما في الوصية العهدية فمع ذكر الصرف ومعرفة الموصى اليه لما ذكره من الصرف فيجب العمل بما اوصى به الموصي ، واما لو

قال الموصي انت وصيي وذكر مصرف الوصية ونسي الوصيى ذلك ، او قال سأذكر ما اوصي به ولم يذكره فيما بعد ولم يعلم ان الوصية هل هي تمليكية او عهدية ؟ الظاهر انها تصرف في وجوه البر والخيرات واداء الحقوق الشرعية من الواجبات البدنية او المالية ، واما لو قال انت وصيي وذكر جهات المصرف باجمعها ثم نسي الوصي بعض تلك الجهات فيصرف ثلثه بالنسبة الى ما نسي من تلك الامور في وجوه البر والخيرات للاجماع المدعى فى المقام ، ولمكاتبة الريان قال : كتبت الى ابي الحسن (ع) اسأله عن انسان اوصى بوصية فلم يحفظ الوصي إلا باباً واحداً منها كيف يصنع فى الباقي ؟ فوقع عليه السلام : الابواب الباقية اجعلها في البر (١) وضعفها منجبر بعمل الاصحاب . لا يخفى ان المستفاد من هذه الرواية كون المنسي في الوصية العهدية نفس الجهات المتباينة ، واما لو علم بمقدار المالية وتردد بين الاقل والاكثر فان الرواية لا تشمله بل يصرف مقدار المالية في الاقل ، واما لو تردد الموصى له بين أمرين متباينين كالسيف والفرس قيل بالبطلان ، وينسب الى الشيخ (قدس سره) وابن ادريس لتعذر العمل في الوصية بسبب النسيان فيعود ميراثاً ولكن لايخفى مافيه لعدم محذور من صحة الوصية إذ لامانع من شمول المكاتبة لذلك مضافاً الى انه يمكن القول بصحة الوصية والرجوع الى القرعة في تعيين المراد ، وأما لو كان المنسي فيالوصية التمليكية فتارة يعلم انه أوصى بداره لشخص وقبل بناءاً على القول بالاحتياج الىالقبول او لم يحصل الرد بناءً علىعدم الاحتياج الىالقبول وتردد بين أشخاص محصورين فلايمكن العمل بالوصية بتمامها فحينئذ إما أن نقول بالقرعة لوشمل دليلها وإلا فالتوزيع لكونه عملا ببعض الوصية وان تردد بين أشخاص غير

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب٦١ اذا نسي الموصى بعض مصارف الوصية

محصورين فحينئذ يكون من مجهول المالك يتصدق به عن صاحبه فيندرج تحت المكاتبة لكون المتصدق به من وجوه البر . ثم انه لو تذكر مانسي بعد ماصرفه في وجوه البر حسب ما أمره الشارع لايضمن لاستلزام الأمر به سقوط الضمان ، وهكذا بالنسبة الى مجهول المالك فانه لو تصدق عن صاحبه مع اليأس ثم وجد المالك أيضاً لايضمن لأنه تصرف فيه بالوجه المأمور به ، فأمره بذلك يوجب سقوط الضمان ، كما انه لو تبين المالك بعد اخراج الخمس من المال المختلط من الحلال والحرام فانه لا يضمن للامر الوارد باخراج خمسه فانه مطهر للمال ومسقط للضمان ، وهكذا لو انفق الحاكم الشرعي أو بأمره على زوجة المفقود عنها زوجها من أموال الزوج ثم تبين موته قبل ذلك فانه لايضمن لورود الأمر الشرعي بوجوب الانفاق من مال الزوج وفاقاً للمالك فانه علل عدم ضمانه لوجود الأمر بالانفاق عليها شرعاً . نعم ورد النص بالنسبة الى اللقطة انه يضمن إذا ظهر صاحبها واخترنا الضمان لما ورد من أنه يخيّر بين ثواب الدنيا وثواب الآخرة ، وحيث ان ذلك على خلاف القاعدة فيقتصر على مورده وهو في مورد اللقطة حتى انه لو دفعها الى الحاكم الشرعي وهو تصدق بها عن صاحبها ، فانه في هذا المورد لايضمن لما عرفت ان الضمان على نفس الملتقط لو تصدق هو أي باشر بنفسه التصدق اقتصاراً على مورد النص فيما خالف الاصل فافهم وتأمل .

المسألة السادسة

يعتبر في الموصي أمور :

« الأول » : البلوغ فلا تصح وصية الصبي لكونه محجوراً عليه لحديث الرفع وعمد الصبي خطأ ، هذا إذا لم يبلغ عشرة سنين ، أما

اذا بلغ عشرة سنين وكان مميزاً فانه تصح وصيته للاخبار المستفيضة ، منها ما ورد عن الصدوق في الفقيه عن ابن أبي عمير عن أبان عن عبد الرحمن عن أبي عبد الله (ع) قال : اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته ومنها في الموثق عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع) قال : إذا بلغ الصبي خمسة أشبار أكلت ذبيحته وإذا بلغ عشر سنين جازت وصيته . وهذه النصوص كما تراها مطلقة إلا انها قيدت بكون الوصية في وجوه البر والخير لصحيحة زرارة عن أبي جعفر (ع) قال : اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما اعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف وحق فهو جائز (١) ، وموثقة أبي أيوب وأبي بصير عن أبي عبد الله (ع) في الغلام ابن عشر سنين يوصي . قال إذا أصاب موضع الوصية جازت له (٢) ، وصحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال اذا بلغ الغلام عشر سنين واوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته (٣) فانها كما ترى تدل على ان تكون الوصية في المعروف والحق وان تكون الوصية تصيب موضعها وألسنتها وان كانت مختلفة ، إلا انها دالة على ان تكون الوصية تصرف في وجوه البر والمعروف . نعم ربما يقال من ظاهر رواية جميل بن دراج عن أحدهما (ع) قال يجوز طلاق الغلام اذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وان لم يحتلم (٤) بأن المصحح

(١) الوسائل ، باب ٤٤ من كتاب الوصايا .

(٢) الوسائل باب ٤٤ من كتاب الوصايا .

(٣) نفس المصدر السابق .

(٤) الوسائل باب ١٥ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات .

وعن التهذيب روايته عن موثقة محمد بن مسلم باب وصية الصبي والمحجور عليه .

للوصية هو العقل لا البلوغ عشر سنين فيكون المقام من تعدد الشرط واتحاد الجزاء ولكن لايخفى ان اعتبار العقل اجماعي فلا حاجة الى التنصيص على قيديته . فلذا يكون الجمع العرفي اعتبار الأمرين ، ودعوى كفاية ثمان سنين كما هو رأي ابن الجنيد لرواية الحسن بن راشد عن الحسن العسكري (ع) اذا بلغ ثمان سنين فجائز أمره فى ماله وقد وجبت عليه الفرائض والحدود واذا تم للجارية سبع سنين فكذلك (١) في غير محلها إذ الرواية شاذة لمخالفتها لاجماع المسلمين من حصول البلوغ بثمان سنين ، وعليه لايمكن رفع اليد عن تلك الأخبار المتقدمة بعد حمل المطلق على المقيد والجمع العرفى لهذا الخبر الشاذ المخالف لاجماع المسلمين في عدم تحقق البلوغ بثمان سنين للذكر وسبع سنين للانثى بل توجب هذه الأخبار رفع اليد عن الأخبار الدالة على حجر الصبي ومقتضى للاحتياط الذي هو ظاهر المختلف وجامع المقاصد لعدم حجية الاحتياط الموافق لأصل عدم النفوذ لما عرفت من تظافر الأخبار على صحة وصية من بلغ عشر سنين كما لايخفى .

« الثاني » : العقل فلا تصح وصية المجنون والمغمى عليه حال اغمائه والسكران حال سكره لما هو معلوم من كونه فاقد العقل والشعور فلا تنفذ اقراراته إذ لم يصدر عن قصد وادراك . نعم لو أوصى في حال الصحة وعرض له أحد هذه الأمور لم تبطل وصيته .

« الثالث » : الاختيار فلا تصح وصية المكره .

« الرابع » : الرشد فلا تصح وصية السفيه في ماله وتصح في غير ماله كما هو المشهور لأدلة الحجر بكونه ممنوعاً من التصرف في أمواله والايصاء يعد تصرفاً ، ودعوى أنه ممنوع من التصرف في حال الحياة

(١) الوسائل باب ١٥ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات .

وبعد الوفاة لاحجر عليه فعليه يصح تصرفه فى الوصية لكونه تصرفاً بعد الحياة ممنوعة إذ هو من التصرفات المتحققة في حال الحياة فتكون محجوراً عليها. نعم لامانع من الايصاء إذ لم يتعلق بالمال، كما لامانع من دعوى صحة وصيته بالنسبة الى البر والمعروف قال في جامع المقاصد انه المشهور بين الأصحاب كما يحكى ذلك عن المفيد وسلار والحلبي كما تقتضيه عمومات الوصية، ودعوى ان أدلة الحجر موجبة لخروجها من تلك العمومات ممنوعة لقصورها عن شمولها للمقام لكونها ظاهرة فى الامتنان ولا تقتضى حرمانه من الانتفاع بماله وأما المفلّس فتقبل وصيته إذا لم يتعلق بالمال قطعاً ومع تعلقه بالأعيان فمع عدم اجازة الغرماء فلا اشكال فى عدم النفوذ ومع الاجازة فالظاهر نفوذ الوصية مع عدم ردهم بعد الممات، وأما لو أجازوا حال الحياة وردوا بعد الممات فهل هو مثل اجازة الوارث مؤثرة ولا يعتنى بالرد بعد الموت أم لا ؟ فان قلنا ان الاجازة على القاعدة فلا يكون الرد مؤثراً وإلا فمورد الرواية خصوص الوارث فلا يتعدى الى الغرماء والظاهر انه لامانع من وصيته وان كان بعد حجر الحاكم لعدم الضرر بها على الغرماء لتقدم الدين على الوصية فلا تزاحم حقوق الغرماء لكي لاتصح الوصية وان كان لايترتب أثر على وصيته إلا بخروجه حال الموت عن التفليس اما لتملكه مالا يزيد على دينه أو لبراءته من بعض الدين .

«الخامس» : ان لايكون الموصي مملوكاً فانه لايصح تصرفه إلا باذن مولاه لقوله تعالى : مملوكا لايقدر على شيء (١) ولقوله (ع) انه

---

(١) سورة النحل آية ٧٥ .

لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا أجازه فهو له جائز (١) وهذا لايفرق بين أن يكون في ماله او مال غيره لصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) انه قال في المملوك مادام عبداً فانه وماله لأهله لايجوز له ولا كثير عطاء ولا وصية إلا ان يشاء سيده (٢) . نعم لو أوصى ثم انعتق صحت وصيته لارتفاع المانع بالعتق ، وقياسه على الصبي لو أوصى ثم بلغ قياس مع الفارق فان الصبي مسلوب العبارة فتعقبه بالبلوغ لاينفع في صحة وصيته بخلاف المملوك فانه بالغ رشيد الا انه له مانع من نفوذ عبارته فمع ارتفاع المانع بالعتق لامانع من صحة وصيته ، ويستفاد ذلك من الرواية المتقدمة إلا ان يشاء سيده (٣) انه لاقصور في التصرف وانما القصور في المتصرف ، ووقوع الوصية فى حال الرقية والحجر ، المستفاد من قوله (ع) لاوصية لمملوك (٤) لايقتضي المنع الى الأبد .

« السادس » : أن لايكون قاتل نفسه فان قتل نفسه أو جرحها وهلك من أجل الجرح فوصيته باطلة ان كانت فى حالة جرحه ، وأما إذا كان قبل الجرح قد أوصى فلا مانع من صحة وصيته ويكون حاله حال عروض الجنون والاغماء فلا تبطل وصيته ، والحكم بالبطلان في من قتل نفسه هو المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة حتى كادت ان تكوناجماعاً وللنص الصحيح المروي وهو صحيحة ابي ولاد المروية فى الكتب الثلاثة عن الصادق (ع) : من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً فيها ، ارأيت ان كان اوصى بوصية ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته

(١) الوسائل كتاب النكاح باب ٢٤ ان العبد اذا تزوج (من ابواب نكاح العبيد) .

(٢) و (٣) و (٤) الوسائل كتاب الوصايا باب ٧٨ ان المملوك لا يجوز له ان يوصي .

فقال ان كان قد اوصى قبل ان يحدث حدثاً فى نفسه من جراحة او فعلة لعله يموت اجيزت وصيته فى الثلث ، وان كان اوصى بوصية بعد ما حدث في نفسه من جراحة او فعل لعله يموت لم تجز وصيته (١) وبهذا الخبر تخصص عمومات الوصية . ولا يخفى ان ذلك لما كان مخالفاً لتلك الاطلاقات يلزم الأخذ بالقدر المتيقن وهو مالو جرح نفسه أو شرب سماً او نحو ذلك وقصد قتل نفسه فهلك بذلك ، واما لو شرب خطأ او لم يقصد الهلاك فانه تصح وصيته ، بل لو جرح نفسه للهلاك ثم عوفي ثم مات لا يبعد صحة وصيته كما تصح الوصية بما يتعلق بالتجهيز ونحوه مما لا يتعلق بالمال كما تصح وصيته فيما لو اوصى قبل ان يحدث فى نفسه ذلك ثم احدث صحت وصيته الا انه فيما لم يكن بانياً على ان يحدث ذلك بعدها واما لو كان بانياً على ذلك حين الوصية محل نظر . ودعوى صحة وصيته تمسكاً باطلاق صحيحة ابن ولاد المتقدمة محل منع إذ اطلاقها محل تأمل ، كما انه لا اشكال في صحة وصية من قصد الهلاك ولكن على وجه مشروع كالجهاد فى سبيل الله ولا يلحق التنجيز بالوصية لعدم صدق الوصية عليه . ودعوى ان منع الشارع له من الوصية لعدم الثلث له فيمتنع التنجيز ايضاً لذلك بناءً على انه منه محل نظر بل منع عملاً باطلاق الأدلة ، ثم لا يخفى انه لا يعتبر اسلام الموصى بل تصح وصاية الكافر للعمومات الدالة على صحة تمليكاته المنجزة ولانها لو لم تصح لما صحت منه وصاياه فى اخراج ديونه ورد اماناته .

---

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٥٢ ان من اوصى ثم قتل نفسه صحت وصيته .

المسألة السابعة

يعتبر فى الوصي امور : الأول البلوغ فلا تصح الوصاية الى الصبي لكونه محتاجاً الى من يولى عليه لعدم كماله فكيف يكون ولياً ، ولا دليل على كون البالغ عشراً تجوز الوصاية اليه كما جوزنا ذلك فى صحة وصاية الموصي وذلك لقيام الدليل عليه وإلا منعنا عن ذلك في وصاية الموصي حيث أنه ليس له ولاية على ماله فى حياته فكيف يجعل الولاية على ماله لشخص بعد وفاته ، وأدلة الوصية انما هي عبارة عن اعطاء الولاية والسلطنة الى الشخص بعد وفاته . ومن هنا يقوى جواز الايصاء الى الصبي بعد البلوغ لان الممنوع جعل الصبي وصياً مع كونه ممنوعاً من التصرف . واما جعل الولاية له بعد البلوغ فلا محذور فيه وان كان على خلاف المشهور ، فان المشهور ينفي كون الصبي وصياً الا إذا انضم اليه الكامل . وحينئذ تصح وصايته بعد البلوغ وبعده يشترك البالغ مع الكامل في التصرف وقبل بلوغ الصبي يتصرف الكامل وحده وليس لولي الصبي حق الاعتراض ، وهذا ظاهر كل من أوصى بضم الكامل الى الصبي . واما لو علم كون تصرف الكامل بعد بلوغ الصبي هو المراد من الوصية حتى الى الاشياء الفورية كوفاء ديونه وتجهيزه ونحو ذلك فحينئذ يلزم اخذ الرخصة من الحاكم الشرعي لعدم جواز التصرف لمن أوصى له فى ذلك الحين فيكون من وظائف الحاكم الشرعي .

« الثاني » العقل فلا تصح وصاية المجنون فلو طرأ الجنون بعد موت الموصي بطلت وصايته ، فلو أفاق لم تعد وصايته بل يحتاج الى نصب جديد من الحاكم الشرعي .

« الثالث » الاسلام فلا تصح الوصاية الى الكافر لعدم استئمان الكافر .

« الرابع » العدالة على المشهور لعدم جواز إعطاء الولاية للفاسق على التصرف سواءً كانت التصرفات يعود نفعها الى الميت او يوصي بالصرف على الفقراء كما يظهر من آية النبأ : (إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا . . . الآية) (١) فان الظاهر منها ان الاعتماد على الفاسق موجب للوقوع في الندامة كما هو كذلك في الولاية على الوقف فلا يصح اعطاؤها للفاسق لما عرفت من وجوب التثبت بخبره والأخذ بقوله ركوناً الى الظالم وهو منهي عنه لقوله تعالى : (ولا تركنوا الى الذين ظلموا) (٢) .

هذا غاية ما يستدل به في المقام على اعتبار العدالة في الوصي ، ولكن لا يخفى ان المستفاد من آية النبأ مع ملاحظة التعليل فيها : (ان تصيبوا قوماً بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين) (٣) ، كون العلة في وجوب التثبت هو الوقوع في الندم وهو يقتضي اعتبار الوثاقة لا العدالة ، وليس جعل التصرفات بيد الفاسق ركوناً الى الظالم ، فلو كان ركوناً لكان ينبغي القول بعدم جواز وكالته مع انه لا إشكال في جواز توكيل الفاسق . نعم جعله قيماً محل اشكال بل المشهور اعتبار العدالة في القيم ولكن الظاهر في ذلك ايضاً هو اعتبار الوثاقة ، ومثل ذلك الولاية على الأوقاف العامة وسيجيء ان شاء الله تعالى في مبحث الولاية .

---

(١) سورة الحجرات آية ٦ .

(٢) سورة هود آية ١١٣ .

(٣) سورة الحجرات آية ٦ .

الخامس الحرية فلا تصح وصاية المملوك إلا باذن سيده لاستلزامه التصرف بمال الغير بغير اذنه كما لا تصح وكالته إلا باذن سيده ولو اذن له سيده فلا يجوز له العدول عن اذنه بعد موت الموصي ويجوز له العدول فى حيوته ، ولا يخفى ان شرائط الوصي من البلوغ والعقل والحرية معتبرة حين الوفاة وليس عند انشاء الوصية وان كان الأحوط استمرارها من حين الانشاء الى حين الوفاة .

المسألة الثامنة

في بيان ما يتعلق بالموصى له وفيه امور :

الأول يعتبر في الموصى له الوجود ، فلا تصح الوصية للمعدوم كالميت ، او لمن تحمله المرأة في المستقبل او لمن يوجد من ولد فلان فان التمليك يقتضي وجود من يدخل في ملكه ، فمع عدمه لا معنى لتمليكه ، ولا يرد النقض بمثل تمليك البطن اللاحق في الوقف فانما هو بملاحظة البطن الموجود ، فتمليك المعدوم انما هو يتبع الموجود مضافاً الى ان اطلاقات الوصية تنصرف الى الموجود فلا تشمل المعدوم ، كما ان مقتضى الأصل عدم انتقال الملك الى المعدوم على ان الشهرة المحققة كادت ان تكون اجماعاً على عدم تمليك المعدوم .

ودعوى انه لا مانع - منه أي - من تمليك المعدوم قياساً على بيع الكلي والنماء المتجدد كالثمار ونحوها مثل تمليك المنافع بالعقد مع انها ليست موجودة وانما تحصل بالتدريج ممنوعة ، فانه قياس مع الفارق كما سيأتي بيانه عن قريب ان شاء الله .

وقد أجاب عن ذلك الشيخ (قدس سره) في الجواهر بما حاصله

ان النماء قد ثبت جواز بيعه ولو كان معدوماً للاجماع على ذلك أولاً ومنع تحقق الملك في الكلي والنماء حقيقة ، وانما هو اقتضاء لتأهل الملك والاستعداد له لان التمليك يكون على نحو ملكية مالك العين ، والنماء بالنسبة الى مالك العين ليست ملكية حقيقية بل ملكية تأهلية أي له ان يملك لو وجد النماء وهكذا المنفعة فان المالك يملكها عند وجودها ، وقد اورد عليه بعض من تأخر ان الاجماع لا يصير غير المعقول معقولاً ، وظاهر التمليك اعطاء السلطنة الفعلية لا انه يملك ما يملكه في المستقبل ، فالتحقيق في الجواب هو ان التعلق في بيع الكلي هو نفس الكلي وله وجود في واقعه وجوداً اعتبارياً يعتبره العقلاء كبيع صاع من الحنطة وليس من الأمر المعدوم إذ البيع متعلق بواقعه الاعتباري .

واما الثمار والامور المتجددة في الملك قبل استيفائها فالتمليك متعلق بجهة من العين ، وبما ان العين موجودة حقيقة تكون منافعها المتأخرة كأنها موجودة فلا مانع من تعلق التمليك بها لتحقق ملكية المالك لها فيملكها للغير على نحو ملكيته لها ، فالمالك ينقل ما يتعلق بنفس العين وان كان اصل العين في ملكه إلا ان له جهة الاستيفاء من العين فيكون للغير حق الاستيفاء ، مثلاً الجارية المملوكة يملك المالك خدمتها مدة سنة مع ان الخدمة معدومة حال التمليك .

وبالجملة العقلاء يعتبرون المنافع نحو وجود للعين فلذا صح تمليكها وتملكها ، ولا تعتبر من الامور المعدومة التي لا يصح تمليكها إذ لها أي المنافع - دخل في مالية العين الفعلية فكأنه بالتمليك يملك نحواً من مالية العين .

(الثاني) لا اشكال في صحة الوصية للوارث للاجماع بقسميه

مضافاً الى ماورد فى الأخبار الكثيرة على ان الشخص له من ماله الثلث فله وضعه فيما يشاء، ويؤيد ذلك اطلاقات الوصية بل خصوص المعتبرة في الوصية للوارث خــلافاً للعامة حيث منعوا صحة الوصية للوارث واحتاجوا الى الجواب عن ظاهر آية : (كتب عليكم إذا حضر أحدكم) الآية (١) فانها تدل على وجوب الوصية للوارث بدعوى انها منسوخة ، ولا يخفى مافي ذلك وان وجدت في بعض الأخبار من كونها منسوخة إلا انها محمولة على التقية ، وقد عرفت منا سابقاً بأن الآية الشريفة محمولة على الاستحباب بناءً على ماذكرناه سابقاً من أحد المبنيين أما كون الوجوب مركباً والنسخ يتوجه على الفصل وهو المنع من الترك ويبقى الرجحان متقوماً بفصل الندب وهو جواز الترك أو انهما بسيطان من انحاء الارادة . فنسخ الوجوب بمعنى نفي الشدة وتبقى المرتبة الضعيفة وهو الندب كما لايخفى .

(الثالث) : هل تصح الوصية للكافر مطلقاً أم يفصل بين الذمي والحربي أم لاتصح ؟ أقوال ، والأقوى هو الصحة وعليه الأكثر لما ورد من مصححة الريان بن شبيب الى ان قال : فسألت الرضا (ع) وقلت ان اختي أوصت بوصية لقوم نصارى وأردت أن أصرف ذلك في قوم من أصحابنا ، فقال (ع) : امض الوصية على ما أوصت به (٢) ، قال الله تعالى : (فانما اثمه على الذين يبدلونه) (٣) ، وعن كتاب الحسين بن سعيد بسنده الى محمد بن مسلم قال : سألت أبا عبد الله (ع)

(١) سورة البقرة آية ١٨٩ .

(٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ٣٥ جواز الوصية من المسلم والذمي للذمي .

(٣) سورة البقرة آية ١٨١ .

عن رجل أوصى بماله في سبيل الله ، قال : اعطه لمن أوصى له وان كان يهودياً أو نصرانياً ، وعن الشيخ روايته بطريقين صحيح وحسن بابراهيم (١) ، وعن الحسين بن سعيد في خبر آخر عن الصادق عليه السلام قال : لو ان رجلا أوصى إلي ان أضع في يهودي أو نصراني لوضعت فيهم (٢) ، وهذه الروايات هي مطلقة تشمل الحربي والذمي فلا وجه لتخصيصها بالذمي . ودعوى ان الحربي هو وماله فيء للمسلم فكيف يوصى اليه ؟ أو انه لايملك فكيف يملّك ممنوعة بأن المقصود من الفيء هو جواز مزاحمته والأخذ منه بأي وسيلة ولو بالغيلة لسقوط احترامه فى نفسه وماله . وأما انه لايملك فهو ممنوع ، فان الحربي لا اشكال في تملكه . وأما ماورد من عدم اطعامهم وعدم التصدق عليهم فالمقصود عدم مخالطتهم ومجالستهم ، وإلا الترحم عليهم حسن ، كيف لا ولكل كبد حرى ، مضافاً الى انه لاينافي وجوب التسليم اليه وان جاز الأخذ منه تقديماً لأدلة الوصية على مادل على جواز التغلب عليه أما لحكومتها أو ترجيحاً لها باستدلال الرضا (ع) في صحيحة الريان (٣) .

(الرابع) لاتصح الوصية لمملوك الغير ولو مع اجازة المالك للشهرة العظيمة التي كادت أن تكون اجماعاً . نعم فى المكاتب قيل بجوازه فعن التنقيح نقلا عن سلار والمفيد بأنهما جوزا الوصية له كما انه قوى جواز الوصية فى المكاتبة وقال : وأما ام الولد لانعرف خلافاً في عدم الجواز مضافاً الى ان العبد لايملك أمواله فكيف يكون قابلا لأن يتملك ، على

---

(١) الوسائل كتاب الوصايا ٣٥ جواز الوصية من المسلم والذمي للذمي .

(٢) نفس المصدر .

(٣) نفس المصدر .

انه قد وردت أخبار دالة على عدم جواز الوصية لمملوك الغير كصحيحة ابن قيس التي رواها المشايخ الثلاثة عن أبي جعفر (ع) قال : قضى أمير المؤمنين (ع) في مكاتب كان تحته امرأة فأوصت له عند موتها بوصية فقال أهل الميراث : لاتجوز وصيتها له انه مكاتب لم يعتق فقضى انه يرث بحساب ما اعتق منه ويجوز له من الوصية بحساب ما اعتق منه (١) وفي رواية أخرى قال عليه السلام وقضى في مكاتب أوصى له بوصية وقد قضى نصف ماعليه فأجاز له نصف الوصية (٢) وقضى في مكاتب قضى ربع ماعليه فأوصى له بوصية فأجاز له ربع الوصية (٣) ، وقال في رجل أوصى لمكاتبته وقد قضت سدس ماكان عليها فأجاز لها بحساب ما أعتق (٤) منها الى غير ذلك من الأخبار الظاهرة بعدم امضاء الوصية في مملوك الغير ، ويظهر منها ان نفس الملكية مانعة من امضاء الوصية . هذا بالنسبة الى مملوك الغير . وأما مملوك نفسه فلا إشكال في صحة الوصية له للاجماع المصرح به في كلمات الأصحاب وللاخبار الواردة في صحة الوصية للذكور والاناث فأجاز الوصية لهما كرواية محمد بن علي بن محبوب قال : كتبت الى الفقيه ، رجل أوصى لمواليه وموالي أبيه بثلث ماله فلم يبلغ ذلك ، قال المال لمواليه وسقط موالي أبيه (٥) ، وظاهر هذه الصحيحة كون الوصية تصح لمواليه لكونهم مملوكين له وتبطل بالنسبة لموالي أبيه لكونهم مملوكين للغير ، والمراد من عدم البلوغ هو كون التمليك للموالي موجب لاعتاقهم ولذا جعل الاعواز وعدم البلوغ دون الاعطاء الممكن بتوزيع المال عليهم كيفما بلغ ، وصحيحة ابن محبوب أو حسنته عن الحسن بن صالح عن أبي عبد الله (ع) في رجل أوصى

---

(١) و (٢) و (٣) و (٤) الوسائل كتاب الوصايا باب ٨٢ ان الوصية يصح للمكاتب بقدر ماعتق منه خاصة . (٥) الوسائل باب ٦٩ من الوصايا

لمملوك له بثلث ماله ، قال فقال له يقوم المملوك بقيمة عادلة ، قال (ع) ينظر ماثلث الميت ؟ فان كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة ، وان كان الثلث أكثر من قيمة العبد اعتق العبد ودفع اليه مافضل من الثلث بعد القيمة (١) الى غير ذلك من الأخبار الدالة على صحة الوصية في مملوك نفسه .

(الخامس) تصح الوصية للحمل الموجود حين الوصية ولو قبل ولوج الروح على المشهور ، بل قيل لاخلاف فيه لعمومات الوصية ، ويعتبر العلم بتحقق الحمل حين الوصية بأن يكون وضعها لأقل من ستة أشهر من حين الوصية أو أقصى مدة الحمل فما دون وأما احتمال تجدده من الزنا أو من شبهة بأن تمكن نفسها من أجنبي بظن انه زوجها فمدفوع إذ احتمال الزنا مندفع بظهور حال المسلم من عدم اقدامه على المحرمات وأما الشبهة فهو فرض نادر لاتجري عليها الأحكام المبنية على الغالب نعم لايجري ذلك لو كانت الزوجة كافرة لعدم جريان أصالة الصحة فيها فيما تصح الوصية لحملها بأن يكون الحمل من مسلم فان الولد يلحق بأبيه فتصح الوصية له . ولا مانع من تملك الحمل ولذا يعزل له ميراثه نعم يشترط انفصاله حياً فمع عدم انفصاله حياً بأن انفصل ميتاً ولو بالجناية بطلت الوصية له لعدم صلاحيته للتملك . وهل انفصاله حيا يكشف عن تحقق الملكية من حين وفاة الموصي ؟ أو ملكيته تتحقق بعد انفصاله حياً ، ولا يبعد دعوى ان انفصاله حياً يكشف عن تحقق الملكية من حين وفاة الموصي وتظهر الثمرة في النماء المتخلل بين موت الموصي وانفصاله حياً ، ثم لايخفى ان الوصية بما انها من الايقاعات حسب ماذكرنا فلا تحتاج الى قبول . فعليه لايحتاج الى قبول الولي أو القول

---

(١) الوسائل كتاب الوصاية باب ٧٩ حكم الوصية للعبد بمال .

بابقائه الى بلوغ الموصى له كما هو لازم القول بكون الوصية عقداً مضافاً الى ان القول بابقائه الى البلوغ موجب لاتلاف المالية ، ثم انه لافرق بين كون الحمل متحداً أو متعدداً ، فانه مع التعدد يوزع بالتساوي ولو اختلفا في الذكورة والانوثة حيث ان المال لم يتلقوه من مورثهم لكي يكون للذكر مثل حظ الانثيين وانما تلقوه من الموصي الا اذا أوصى للحمل بالتفاضل. ثم انه يستحق التعدد مع انفصال كل واحد منهم حياً ، فلو مات أحدهما فهل يعطى المال كله أو يعطى نصفه ويدفع النصف الباقي الى ورثة الموصي ؟ لايبعد دعوى كون المال كله للحي ولا يعطي ورثة الموصي شيئاً من المال. ثم انه لااشكال في انه لوانفصل حياً ثم مات ينتقل الى وارثه .

المسألة التاسعة

فيما يتعلق بالموصى به . للموصي تعيين ثلثه في عين خاصة أو يجعل امر التعيين الى الوصي او غيره فمع الاطلاق بأن قال ثلثي لفلان فحينئذ يكون شريكا مع الورثة فيحتاج التعيين الى رضائهم ، كما انه يجوز له ان يفوض امر التولية بيد الوصي فحينئذ للوصي ان يوصي شخصاً آخر فتصح وصايته فيما أوصاه ، واما لو لم يوص بذلك فليس له ان يعين من يكون وصياً على ما اوصاه بل مع موت الوصي يرجع الأمر الى الحاكم الشرعي ، كما ان للموصي جعل الوصاية لواحد وله ان يجعلها لمتعدد ، فيجوز لكل واحد منهما التصرف من دون مراجعة الآخر فيما اذا لم يختلفا ولم يشترط الانضمام في العمل بالوصية وإلا لايجوز انفراد كل منهما فى العمل وان اختلفا فأراد احدهما نوعاً ومنعه الآخر فللحاكم اجبارهما على الاجتماع ولا يستبدل الحاكم غيرهما إذ لا ولاية

له مع وجود الولي فيما اذا لم يرجع اختلافهما الى فسقهما فحينئذ يجوز للحاكم الشرعي ان يستبدل غيرهما . كما انه مع الاجبار من الحاكم ومع ذلك لم يتفقا فله استبدال غيرهما وأما اذا اشترط الانفراد فيجوز لكل واحد منها التصرف بمقتضى نظره فان تخالفا ولم يتفقا على امر واحد فأراد أحدهما نوعاً من التصرف ومنعه الآخر صح تصرفهما فيما لابد منه كمؤنة اليتيم والدابة واصلاح العقار وفي غيرهـا يتوقف على اتفاق الوصيين وللحاكم الشرعي اجبارهما على الاجتماع من غير ان يستبدل غيرهما مع الامكان لعدم تحقق ولايته على مافيه الوصاية ومع التعذر يستبدل الحاكم الشرعي غيرهما تنزيلاً لهما بالتعذر منزلة المعدوم لاشتراكهما في عدم تنفيذ الوصية .

ثم انه يجوز للموصي ان يجعل ناظراً على الوصي ، والناظر تارة يكون اشرافياً ليس له سوى الاطلاع على ما يعمله الوصي من دون ان يكون له رأي . فلو عمل في هـذه الصورة من دون اطلاعه فليس عاملاً بالوصية لكون عمله مشروطاً باطلاع الناظر ، واخرى يكون استصوابياً أي يكون رأيه ونظره له الدخل في عمله فلا يكفي صرف الاطلاع وغالباً الوصايا تكون من قبيل الأول وانه ليس له سوى الاطلاع حذراً من عدم العمل بالوصية إلا ان يكون العمل بنظر الحاكم الشرعي المعين او بنظر من يكون لنظره الدخل فيكون من قبيل الثاني وعليه يستفاد من ذلك ان لنظره دخلاً في العمل بالوصية ، ثم للموصي ان يجعل مقداراً خاصاً من المال للوصي ازاء قيامه للعمل بالوصية لكون عمله محترماً فله ان يتناول ذلك المقدار من دون زيادة وله ان يشترط القيام بنحو التبرع فحينئذ يكون مقدماً على التبرع لو لم يرد الوصية فلا يكون مستحقاً للاجرة ، ومثله ما لو عين الموصي صرف ثلثه

في الموارد بنحو لا يزيد منه شيء أو ينقص ، فعليه لا يجوز للوصي اخذ اجرة عمله حيث انه على هذا التقدير ان الوصي قد أقدم على كون عمله من التبرع ، فلو اخذ اجرة حينئذ فيلزم اما الزيادة او النقصان في متعلق الوصية وهو غير جائز لانه تبديل في الوصية فيقع تحت قوله تعالى : « فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه . . . الآية » (١) . واما لو كان قابلاً للزيادة والنقصان فيجوز للوصي اخذ الأجرة فيما لم يعين ولم يشترط التبرع لكون عمله محترماً فله ان يأخذ الأجرة بالمعروف اذا كان فقيراً لقوله تعالى : « فمن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » . والمراد بالمعروف هو الاكل قدر الكفاية من غير اسراف ، واما اذا كان غنياً فالأحوط التجنب لقوله تعالى : « ومن كان غنياً فليستعفف » (٢) .

المسألة العاشرة

في وجوب العمل بالوصية : لا يخفى ان الوصية بعد تحققها وعدم الرد من الوصي يجب العمل بها وهي تكون على انحاء تارة يذكر الموصي جهات الصرف فان وفى الثلث بما اوصى لزم العمل بها وان لم يف الثلث فان كان الموصي بها من الواجبات المالية ، وقد علم باشتغال الذمة بها اخذت التتمة من اصل المال لما عرفت من خروج الواجبات المالية من اصل المال ولو لم يوص بها ، وان لم يعلم اشتغال الذمة فلا يجوز اخذ التتمة من اصل المال بل يتوقف على اجازة الورثة ، وان

(١) سورة البقرة آية : ١٨١

(٢) سورة النساء : آية ٦

كانت جهات الصرف في الواجبات البدنية لا يجوز اخذ التتمة من اصل المال لما عرفت من انها مع اشتغال الذمة بها تخرج من الثلث لا من اصل المال ومع المزاحمة تقدم الواجبات البدنية على المستحبات واخرى لم يذكر جهات الصرف بل قال اصرف ثلثي من دون ان يذكر شيئاً ، وحينئذ يكون العمل بنظر الوصي فيلاحظ حال الميت ويختلف ذلك باختلاف الاشخاص ، فربما يكون الاصلح للميت أداء العبادات الاحتياطية ، وربما يكون الأصلح اداء الحقوق الشرعية ، وربما يكون الاصلح اداء الصلاة دون الصوم . هذا اذا لم يكن متعارف ينصرف اليه والا فيجب العمل على ما ينصرف اليه . واما لو نسي ذكر الصرف او قال سأذكر العرف ونسي فانه حسب ما ذكرناه يصرف في الأمور الخيرية مما يعود نفعها الى الميت ، ولا تبطل الوصية بنسيان جهات الصرف ، وثالثة لم يذكر الموصي إلا انت وصي او وكيلي ويقصد منه ارادة الايصاء ، فتارة يكون هناك متعارف يفهم منه ارادة الايصاء كما هو كذلك بالنسبة الى اهل القرى والبوادي من الأعراب وبعض اهالي البلاد فحينئذ يصرف ثلثه في مصلحة الميت من اداء الحقوق الشرعية ومن الواجبات المالية والبدنية ورد الامانات الى اهلها . نعم لا يستفاد من ذلك القيمومة على القاصرين فلابد بالنسبة اليها الرجوع الى الحاكم الشرعي ، واخرى لم يكن هناك متعارف يعين المراد ولا يفهم ارادة الوصية فحينئذ يصير الكلام لغواً فيدخل تحت من لم يوص . ثم انه لا يشترط في تنفيذ الوصية قصد الموصى كونها من الذي فرضه الشارع فلو اوصى بعين غير متلفت الى ثلثه وكانت بقدره أو اقل صحت الوصية لاطلاقات الوصية ، وهكذا لو قال من الأصل أو من ثلثي الورثة فانها تصح فى الفرضين . ودعوى انها لا تصح لكونها مخالفة لما قصده

وبقاء ثلثه سليماً مع وصيته سابقاً او لاحقاً فمع عدم اجازة الورثة فلا تصح لمخالفتها للمقصود ممنوعة ، إذ لا سبيل الى ذلك لعدم المانع من نفوذ الوصية بقدر ما يسعه من الثلث على أي تقدير بل تنفذ الوصية حتى فيما اذا لم يوص بالثلث اصلاً ، كما ان دعوى ان الوصية المفروضة مخالفة للشرع وان لم تكن زائدة على الثلث محل منع إذ الظاهر نفوذها بقدر ما يسعه من الثلث لعدم اثر لقصده لوقوعه لاغياً فقد اطلق الشيخ (قده) في الجواهر نفوذ الوصية وان قصد انها من الأصل .

وبالجملة ان المعتبر في نفوذ الوصية غير المتوقفة على اجازة الورثة ان لا تكون زائدة على الثلث ، ففي كل مورد كان الموصى به أقل أو اكثر من الثلث او مساوياً له يكون نافذاً كان قصده في أي نحو حصل في امواله . واما لو اوصى بما زاد على الثلث او بتمام تركته ولم يعلم كونها في واجب حتى تنفذ من الأصل اولا حتى يتوقف على اجازة الورثة فهل الاصل يقتضي نفوذ الوصية الا اذا ثبت عدم كونها في واجب او عدم نفوذها الا اذا ثبت كونها في واجب ؟ وجهان ، قيل بالأول تمسكاً باطلاقات الوصية كرواية عمار بن موسى عن ابي عبد الله (ع) قال الرجل احق بماله ما دام فيه الروح ان اوصى به كله فهو جائز (١) ونحوه اخبار اخر تدل على نفوذ الوصية بالمال كله ولكن لا يخفى انها قيدت بما دل على عدم الوصاية بما زاد على الثلث فلا يؤخذ باطلاق تلك الاخبار ولذا السيد فى العروة قال بعدم النفوذ ما نصه (لكن الاظهر الثاني لان مقتضى ما دل على عدم صحتها اذا كانت أزيد من ذلك

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٠ ان من أوصى باكثر من الثلث ج ٢ .

والخارج منه كونها بالواجب وهو غير معلوم) انتهى . وهذا انما يتم بناءً على جواز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية كما ينسب اليه (قدس سره) ولكن اننا بنينا على عدم صحته كما هو مقرر في محله ومال اليه في الجواهر (قدس سره) بطريق آخر بما حاصله ان عدم جواز الوصايا بازيد من الثلث مقيداً بما اذا لم يعلم بما أوصى به واجباً فيخرج من العموم ما علم بكونه واجباً ، واما ما شك في جوبه يكون داخلاً بالعموم وقد قرب ذلك بعض الاعاظم بالتعليق على أمر وجودي بدعوى انه يستفاد من نفس التعليق دخول الفرد المشكوك ولكن لا يخفى ان ما ذكره بعض الاعاظم محل نظر لعدم دخول الافراد المشكوكة تحت العناوين الواقعية إذ هي مورد للحكم الظاهري فلا تكون مورداً للاحكام الواقعية . واما ما ذكره اولاً فان دليل رد الزائد الى الوارث مقيد بان لا يكون واجباً وليس مقيداً بما علم كونه واجباً وعليه تكون هذه الروايات ناظرة الى الحكم الواقعي وصورة الشك مورداً للحكم الظاهري على انه لم نجد ما يدل على عدم نفوذ الوصية بما زاد مقيداً بما لم يعلم كونه واجباً وانما الموجود بما لم يكن واجباً ومن الواضح ان هذه الأدلة المقيدة ناظرة الى الاحكام الواقعية وليست ناظرة الى المشكوكة وهي من موارد الاحكام الظاهرية ولا معارضة بين الحكمين كما هو مذكور في محله .

وبالجملة الأدلة كلها من مطلقاتها ومقيداتها ناظرة الى الأحكام الواقعية ، واما الموارد المشكوكة فهي من موارد الأحكام الظاهرية ، واما المقام فلا يمكن التمسك بالاطلاقات إذ التمسك بها من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية الذي هو مقرر في محله عدم جواز التمسك فيها وليس عندنا اصل ينقح الموضوع إلا اصالة عدم

كون الموصى به واجباً وهو من الاصول المثبتة اذ استصحاب العدم الأزلي لاثبات العدم النعتي من الأصول المثبتة وقد قرر في محله عدم حجيتها فلم يبق لنا الا الرجوع الى اصالة الصحة الجارية في كلما شك في صحة عقد او ايقاع فلذا لا مانع من القول بخروج ما شك فى كونه واجباً من الأصل ويكون نظير ما اقر بكون ما اوصى به من الواجب فانه يخرج به من الأصل وليس ذلك لاجل قاعدة اقرار العقلاء على انفسهم) (١) لعدم تأتي هذه القاعدة في مثل هذا الاقرار لكونه اقراراً قد تعلق بالورثة وليس هو اقرار على النفس لكي يكون مدركاً للمقام بل لاجل النصوص الدالة على نفوذ اقرار الانسان بالدين والزكاة والحج وانه يجب على الورثة العمل بما أوصى ويخرج من الأصل كما حررناه سابقاً .

المسألة الحادية عشرة

فيما لو أوصى بوصايا متعددة فتارة تكون متضادة كأن يوصي لشخص بعين خاصة ثم يوصى بها لآخر ثم يوصي بها لثالث . والظاهر انه يعد عدولاً عن الأول والثاني فتكون العين الموصى بها فى هذه الصورة للثالث (٢) ، ومثل ذلك مالو أوصى بتمام العين لشخص ثم بنصفها لشخص آخر أو ربعها فهو عدول بالنسبة الى النصف أو الربع . واما لو قال ثلثي لزيد ، ثم قال ثلثي لعمر ، ثم قال ثلثي لبكر ، فهل

(١) فى الجواهر النبوي مستفيض ومتواتر فى كتاب الاقرار وفي الوسائل كتاب الاقرار باب ٣ صحة الاقرار من البالغ العاقل ولزومه .

(٢) خلافاً للاربعة فانهم قالوا بان العين مشتركة بين الثلاثة .

هو عدول فتصح الوصية لخصوص الأخير ؟ او ليس عدولاً ؟ بل تصح للاول . واما بالنسبة الى الآخرين فهو وصية بما زاد على الثلث فيتوقف على الاجازة وجهان الظاهر هو الثاني اذا كان ذلك في مجلس واحد ، واما مع تعدده فالظاهر الأول واما إذا كانت الوصايا المتعددة غير متضادة فتارة ترجع الى وصية واحدة بان تكون الوصايا المتعددة متحدة بنوع واحد لكونها كلها واجبات بدنية او مالية ، فمع كونها مالية وعلم باشتغال الذمة ولم يف الثلث تخرج من الأصل ، وان كانت بدنية فمع عدم وفاء الثلث يتوقف اخذ التتمة على اجازة الورثة ، والاورد النقص على جميع الواجبات البدنية ، وكذا الكلام لو كانت الوصية تبرعية كما لو قال اعطوا زيداً وعمراً وبكراً مائة دينار ، فمع وفاء الثلث نفذت الوصية وإلا احتاج الى اجازة الورثة ، ومع عدم الاجازة يرد النقص على الجميع . هذا إذا لم يكن بينها ترتيب وإلا يقدم الأول فالأول مع عدم اجازة الورثة . فلو اوصى اولاً بخمسين ديناراً ثم ثانياً بخمسين ديناراً وثالثا بخمسين ديناراً وكان الثلث يساوي مائة نفذت في الاول والثاني والغيت في الأخير . واما لو كانت مختلفة بالنوع كان عين للخمس والزكاة مقداراً وللصلاة والصيام مقداراً ولاطعام الفقراء مقداراً ولم يف الثلث للجميع فمع اجازة الورثة لا اشكال في نفوذ جميع ما اوصى وإلا بدأ بالواجب المالي ثم بالبدني ثم التبرعي مع الوفاء ، وإلا فالنقص على التبرعي ، ومع عدم وفاء المالي والبدني فالنقص على البدني ثم لو جامع الوصايا المتعددة التدبير فانه يكون كاحدها فيقدم الاول فالاول من غير فرق ان يكون من الوصية حقيقة او بمنزلة الوصية او انه ايقاع مستقل ، فانه على أي تقدير من هذه الاحتمالات يكون حاله حال الوصية من حيث الخروج من الثلث وله

الرجوع فى تدبيره كما له الرجوع في وصيته وان كان الظاهر من هذه المحتملات هو الاحتمال الثاني لصريح قوله في رواية معاوية بن عمار هو بمنزلة الوصية يرجع فيما يشاء منها (١) ، ورواية ابن أبي بصير المدبر مملوك ولولا أن يرجع في تدبيره الى أن قال وهو من الثلث (٢) ولا يعارض ذلك في الموثق عنه سألته عن المدبر أهو من الثلث؟ قال : نعم وللموصي ان يرجع في وصيته ان كان أوصى فى صحة أو مرض (٣) وفي رواية محمد بن مسلم عن أحدهما المدبر من الثلث والرجل أن يرجع في ثلثه ان كان أوصى فى صحة أو مرض (٤) بتقريب انه أطلق على المدبر انه وصية وظاهر الاطلاق انه على نحو الحقيقة وذلك الاطلاق ليس إلا ظهور في ذلك وظهوره ينتفي بنص تلك الرواية في كونه بمنزلة الوصية وان قيل انه لاثمرة بين المحتملين كما فى الرياض حيث قال ان الثمرة انما تظهر في النذر فيتحقق الامتثال فى التدبير دون الوصية ، ففي التدبير لايجوز الرجوع لوجوب الوفاء بالنذر دون الوصية فان فيها جواز الرجوع للموصي ، ولكن الانصاف ان الثمرة غير منحصرة فى ذلك بل هناك ثمرات وفروع أخرى تترتب على القولين كالقربة والصيغة الخاصة بناءاً على ان التدبير عتق وان كان جواز الرجوع والخروج من الثلث ان التدبير كالوصية . وكيف كان ففيما لو جمع التدبير مع بقية الوصايا يكون حاله حالها فيقدم الأول فالأول إذ هو أحد الوصايا باعتبار نفوذه

(١) الوسائل كتاب التدبير باب ٢ انه يجوز الرجوع في التدبير كالوصية .

(٢) نفس المصدر .

(٣) نفس المصدر .

(٤) نفس المصدر .

من الثلث فان وفى الثلث لجميع الوصايا والتدبير نفذت كلها من الثلث من غير فرق بينها وان نقص الثلث يقدم ماذكر أولا ثم الثاني ثم الثالث وهكذا الى ان يستوفى الثلث . هذا اذا لم يكن واجب مالي كالزكاة والخمس والحج وان كان هناك واجب مالي قدم على جميع الوصايا والتدبير ثم بعد تنفيذ الواجب المالي يقدم الأول فالأول كما ان من الدين الوصية بواجب مالي فان فضل من التركة شيء ولم يكن هناك وصية مستحبة يعتق المدبر ثلث مابقى ان لم يزد على قيمته لغيره من الوصايا المتبرع بها حتى لو لم يفضل سواه عتق ثلثه وان لم يفضل من الدين شيء بطل التدبير ولو تعدد التدبير كان يكون تدبير كل عقيب الآخر بدأ بالأول فالأول وبطل فيما زاد عن الثلث وان جهل الترتيب استخرج الثلث بالقرعة .

المسألة الثانية عشرة

تثبت الوصية بشهادة عدلين وبالشياع المفيد للعلم لرواية مسعدة بن صدقة الأشياء على هذا حتى يستبين أو تقوم به البينة . وللاخبار الدالة على اعتبار البينة بالخصوص ، ولا يثبت أصل الايصاء أي نفس الوصية بشهادة النساء لكون شهادتها انما تقبل فيما يخفى غالباً على الرجال ، ولما كانت عبارة عن اعطاء ولاية وتسليط فليست مما لايخفى على الرجال فلا يثبت بها شهادة النساء لامنفردات ولا منضمات . نعم يثبت الايصاء بنفس المال دون كونه وصياً بشاهد واحد وامرأتين أو أربع نساء كغيرها من الدعاوى المالية بل بشاهد ويمين للملازمة بينهما فان في كل مورد قبل بأحدهما قبل بالآخر ، ومثل الوصية الوكالة حيث انهما مشتركان في

ان كل واحد منهما حقيقته استنابة التصرف ، إلا ان في الوكالة استنابة التصرف في حال الحياة وفي الوصية استنابة التصرف بعد الموت فان اصل الوكالة لا تثبت بشهادة النساء منفردات بل ولا منضمات كالوصية لما هو معلوم من الاخبار انها لا تقبل شهادتهن بالنسبة الى ما يطلع عليه الرجال غالباً كخبر ابراهيم الحارثي سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول : تجوز شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال ان ينظروا اليه ويشهدوا عليه (١) ، ورواية محمد بن الفضيل قال سألت ابا الحسن الرضا (ع) الى ان قال : تجوز شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال ان ينظروا اليه (٢) والمروي عن العلل والعيون باسانيده الى محمد ابن سنان عن الرضا (ع) فيما كتب اليه من العلل وعلل ترك شهادة النساء في الطلاق والهلال لضعفهن من الرؤية ومحاباتهن النساء في الطلاق ، ولذلك لا تجوز شهادتهن إلا في موضع مثل شهادة القابلة ومالا يجوز للرجال ان ينظروا اليه (٣) الى غير ذلك من الأخبار المستفادة منها عدم قبول شهادة النساء بالنسبة الى الوصية والوكالة . نعم لو كانت الوكالة بجعل ثبت الجعل دون الوكالة بشاهد وامرأتين او بشاهد ويمين او اربع نساء لأنه دعوى بالمال ، والحقوق المالية تثبت بشاهدين عادلين وشاهد وامرأتين لا يقال الجعل المترتب على الوكالة كيف يثبت بشاهد وامرأتين أو أربع نساء عادلات مع عدم ثبوت اصل

(١) الوسائل كتاب التجارة باب ٤ عدم جواز الانفاق من كسب الحرام من ابواب ما يكتسب به .

(٢) الوسائل كتاب الشهادات باب ٢١ ما تجوز شهادة النساء ومالا تجوز .

(٣) نفس المصدر .

الوكالة قلنا لا مانع منه ، فان دعوى الجعل على الوكالة ينحل الى دعويين : دعوى باصل الوكالة ، ودعوى بالجعل . فشهادة النساء تثبت الجعل دون اصل الوكالة نظير السرقة فانه يثبت ضمان المال المسروق بشاهد وامرأتين او اربع نساء مع عــدم ثبوت القطع إلا بشاهدين عادلين ، بل يجوز شراء مافي يد المدعي للوكالة مع عدم ثبوت وكالته .

فظهر مما ذكرنا ان الوصية العهدية لما كانت عبارة عن اعطاء ولاية وسلطنة بعد الموت للغير وهي مما لاتخفى على الرجال فلذا لا تثبت الا بشهادة عدلين ، واما الوصية التمليكية التي هي عبارة عن تمليك الغير فهي تتضمن للمـال فتكون من الحقوق المالية فتثبت بشهادة النساء وبشاهد ويمين كسائر الدعاوي المالية ، بل يظهر من كلمات الفقهاء بان شهادة امرأة واحدة تثبت ربع الوصية ، ونصفها باثنتين ، وثلاثة ارباع الوصية بثلاثة ، والكل باربعة من غير ضم اليمين . ويظهر من الشيخ فى الجواهر في باب الشهادات انه لا خلاف فيه ولصحيح الربعي عن ابي عبد الله (ع) فى شهادة امرأة حضرت رجلاً يوصي ليس معها رجل فقال (ع) : تجاز فى ربع ما اوصاه بحسب شهادتها (١) ، وفي الصحيح عن ابي جعفر (ع) قال : قضى امير المؤمنين (ع) في وصية لم يشهد لها إلا امرأة فقضى ان تجاز شهادتها في ربع الوصية (٢) . ولا يخفى ان معنى بحسب شهادتها ان الربع بحساب ما شهدت به ، فاذا جاز شهادتها في الربع ثبت في ربع الوصية فيثبت كل ربع بشهادة كل واحد منها فمع شهادة الامرأتين يثبت النصف ، ومع شهادة ثلاثة نساء يثبت ثلاثة ارباع ، وتمام الوصية بشهادة اربع نساء ، ولاجل هذه

(١) و (٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ٢٢ جواز شهادة المرأة الواحدة في الوصية .

النصوص قال بمضمونها اصحابنا الامامية خلافاً لبقية المذاهب ، كما انه يظهر من الفقهاء ان الوصية تثبت بشهادة الذمي مع عدم عدول المسلمين للاجماع بقسميه .

والاصل في ذلك قوله تعالى : « يا ايها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم او آخران من غيركم ان انتم ضربتم فى الارض فاصابتكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لا نشتري بـه ثمناً ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله انا اذا لمن الآثمين فان عثر على انهما استحقا اثماً فآخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهما الاوليان فيقسمان بالله لشهادتنا احق من شهادتهما وما اعتدينا انا إذاً لمن الظالمين » الآية (١) . وهو كما ترى دلالة الآية الشريفة على قبول شهادة اهل الكتاب سفراً وحضراً ظاهرة . فان الآية وان كانت فى خصوص السفر إلا انا نعلم بعدم الخصوصية للسفر وانما السفر اخذ بنحو الغالب والآية كالاخبار مطلقة إلا انها مقيدة باهل الكتاب وبخصوص الوصية التمليكية اخذاً بالقدر المتيقن لكون هذا الحكم على خلاف ما هو المعروف من عدم اعتبار شهادة اهل الكتـاب (٢) . ثم انه يمكن استفادة تقديم شهادة اهل الكتاب في المقام على فساق المسلمين بل ربما يقال بتقديمها على الشاهد العدل مع يمينه إلا انها لما كانت على خلاف ما هوالمعهود

---

(١) سورة المائدة آية ١٠٥ .

(٢) وبه قالت الحنابلة خلافا للحنفية والمالكية والشافعية فقالوا لا تقبل شهادة غير المسلم بحال لا في وصية ولا بغيرها لتأويلهم (من غير كم) في الآية اي من غير عشيرتكم لا من غير دينكم . المغنى ج ٩ باب الشهادة .

فحينئذ يؤخذ بالقدر المتيقن وهو تقديم اهل الكتاب فيما اذا لم يكن عدل مع يمين او فساق المسلمين . ومن هنا وقع الاشكال في تقديمهما على ذلك بل ربما يقال بعدم شهادة اهل الذمة بثبوت الوصية وانما الآية تدل على اعتبار شهادتهم في ان المال للورثة وهو غير جهة الايصاء واعطاء التسليط الاعم من العهد والتمليك ، ولكن لا يخفى انه يستفاد منها ان الشخص اذا كان في مقام الوصية فيكون بصدد الايصاء باعطاء ديونه وصرف ثلثه في المصالح ، ومنه ايصال المال للورثة فمن هذه الجهة وصية وان كان يستلزم الاشهاد كون هذا المال للورثة وليس في الآية تخصيص فى الأخير دون الأول ، واما تخصيصها بأهل الكتاب فلورود التخصيص في بعض الروايات مثل مارواه المشايخ الثلاثة عن يحيى بن محمد قال : سألت اباعبدالله (ع) عن قول الله تعالى : (يا ايها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم او آخران من غيركم) (١) قال : اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم من أهل الكتاب وان لم تجدوا فمن المجوس قال لأن رسول الله صلى الله عليه وآله سن للمجوس سنة اهل الكتاب (٢) وان كانت هذه الرواية ذيلها لم يعمل به لعدم الحاق المجوس باهل الكتاب عندالاصحاب الا انها لا تنافي كونها في مقام تخصيص الآية باهل الكتاب مضافاً الى أن اهل الكتاب هو القدر المتيقن . كما ان المستفاد ان تكون شهادتهم بالوصية بالمال او المنفعة واما شهادتهم في الوصاية فلا تثبت الا بشهادة رجلين مسلمين عدلين فلا تقبل شهادة اهل الكتاب ولا شهادة النساء منفردات او منضمات ولا شهادة رجل ويمين ، ثم لا يخفى أن الوصية

(١) سورة المائدة آية ١٠٥ .

(٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ٢ ثبوت الوصية بشهادة عدلين.

التمليكية تثبت بماذكرنا ايضاً باقرار الورثة جميعهم وان لم يكونوا عدولا لاقرار العقلاء على انفسهم حجة ، واما لو أقر بعضهم دون البعض فتثبت بالنسبة الى حصة المقر دون المنكر الا اذا كان المقر اثنين عدلين فحينئذ تثبت الوصية بتمامها .

واما الوصية العهدية فتثبت اصل الوصية باقرار الورثة جميعهم. واذا اقر بعضهم دون البعض فتثبت بالنسبة الى ما اقربه دون ما لم يقر. واما نفس الولاية - اي الايصاء - فثبوتها باقرارهم محل اشكال بل منع لما عرفت ان الولاية على التصرف لا تثبت إلا بشاهدين عادلين ولذا نقول بثبوتها اذا كان المقر اثنين عدلين .

(المسألة الثالثة عشرة)

في ان الوصي امين لا يضمن مع التلف اذا لم يكن عن تفريط وتعد لكونه محسناً وليس على المحسنين من سبيل ، ويخرج من عموم (على اليد ما اخذت حتى تؤدي) (١) خروجاً تخصيصاً او يكون من باب التخصص كما هو الحق لما يظهر من لفظة على اليد هو كونها في مقام العدوان لا الاستيمان ، فالاستيمان غير مشمول لذلك الاطلاق . على ان خروج الامانات من عموم (على اليد) لو كان من باب التخصيص يكون من التخصيص الاكثر المستهجن عندهم اذيد الامين يشمل المرتهن والمستعير والمستودع

(١) مستدرك الوسائل ب ١ من كتاب الوديعة وب ١ في الغصب وفي كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ وبهذا النص للترمذي وابي داود وعن العجلوني بنص تؤديه عن كتب الصحاح كما في كشف الخفاء .

والاجير على عمل في العين والمستأجر للعين لاستيفاء منافعها والملتقط والوصي والولي والشريك وعامل المضاربة والعامل فى المزارعة والمساقاة والجعالة الى غير ذلك ويد غير الامين تختص بالغاصب والقابض بالسوم فيكون المراد باليد هي المبنية على الرد فلا تشمل يد الامين المبنية على الابقاء فالامانة والخيانة متقابلان فالخيانة تحصل من التعدي والتفريط (١) وتلك موجبة للضمان لدخولها تحت موضوع (على اليد) الذي هو يد غير المأذونة فى البقاء ، وهذه اليد توجب الضمان ومعنى ضمانها هو ان المال المأخوذ الذي هو يد غير المأذون في البقاء فتكون هذه اليد مضمنة ومعنى ضمانها هو ان المال المأخوذ تحت اليد على عهدة اليد وبتعبير بعض مشايخنا (قدس سرهم) انه يصير ماتحت اليد فوق اليد وذلك انما يكون باستقرار الضمان بعهدة اليد وهو معنى الضمان وعليه يستفاد من (على اليد) الحكم الوضعي دون الحكم التكليفي كما توهم بناء على كون الظرف لغوا لتعلقه بيجب او بيرد نظير رد الامانات فان ذلك محل منع ونظر لاستلزامه للتقدير في الكلام وهو خلاف الاصل .

بيان ذلك انه لا معنى لتعلق الاخذ بنفس الاعيان فلابد من تقدير فعل لكي يصح تعلق التكليف به وذلك يستلزم التقدير وهو خلاف الاصل فلذا يتعين ان يكون الظرف مستقراً يتعلق بفعل عام على انه فرق بين المقام ورد الامانات فان رد الامانات المستفاد من قوله تعالى (ان الله يأمركم

(١) في المسالك الخيانة هي التعدي مفهوماً ويقابله التفريط ولعله يظهر ذلك من الشرايع والظاهر من الاستعمالات ان التعدي والتفريط متقابلان فان التعدي فعل مالا ينبغي ان يفعل كما لو خالف امر المالك فانه تعد والتفريط ترك ماينبغي ان يفعل كترك وضع الامانة فيما يحفظها والجميع خيانة .

ان تؤدوا الامانات الى اهلها) (١) انما هو وجوب تكليفي محض وذلك لا يقتضي الضمان ولا يوجب اشتغال الذمة بالعين ولذا لا يلتزم احد بان وجوب رد الامانة يقتضي الضمان لو تلفت العين حين الرد بخلاف عموم على اليد فان مقتضاه ضمان العين بدفعها مع وجودها ومع تلفها يؤدى مثلها ان كانت العين مثليا وقيمتها ان كانت قيمياً لما حرر في محله ان وضع اليد على العين بمالها من الخصوصية والمالية ومع انتفاء الخصوصية تبقى المالية واداؤها انما يكون بالميل ان كانت العين مثلياً وقيمتها ان كانت مثلياً واما ضمان نفس العين فذكروا وجوها لكن الحق هو ان العقلاء يعتبرون مجرد وضع اليد العدواني على نفس العين فى عهدة الضامن وجودها بالوجود الاعتباري فيستقر في ذنبه الى ان يؤدى نفس العين او مثلها او قيمتها وهذا الوجود الاعتباري قد حصل بالاستيلاء على نفس العين بمالها من الشئون والاوصاف الخارجية والاوصاف الاعتبارية ككونها مضمونة فانها صفة اعتبارية تحصل من الاستيلاء على العين فلو تعقبها يد اخرى على العين المغصوبة يكون الاستيلاء على العين بما انها مضمونة وهكذا لو تعقبتها يد ثالثة او رابعة ومنه يظهر ان في تعاقب الايادي وضع اليد على العين على نحو التعاقب لم يكن على نحو واحد فان وضع يد الأولى على العين انما هو على نفس العين بصفتها الخارجية ولذا يضمن نفس العين بمالها من الصفات الخارجية المالك لا لشخص آخر بخلاف اليد الثانية العادية فانه لا يضمن العين بصفاتها الخارجية التكوينية فقط بل بزيادة الصفة الاعتبارية وهي انها مضمونة لليد الأولى فتكون اليد الثانية مضمونة لشخصين للمالك والغاصب الاول فلذا للمالك الرجوع الى ذي اليد

---

(١) سورة النساء آية ٥٨ .

الاولى وله ان يرجع الى ذي اليد الثانية . ودعوى ان لازم ذلك ان يكون الملك الواحد له بدلان وانما هو ضمان واحد لجميع تلك الايادي على نحو الكلي الطبيعي في غير محلها لما عرفت ان الضمان في تعاقب الايادي ليس على نحو واحد وانما هو يختلف بحسب التعاقب فان اليد الأولى على نفس العين وفي الثانية اليد على العين بما انها مضمونة وما ذكر يتم لو كان الضمان عرضياً وليس كذلك وانما هو طولي حيث ان ضمان الشيء ليس في عرض ضمان نفس الشيء .

واما مع التعدي فيضمن لعموم على اليد ولخصوص رواية ابن ابي عمير عن علي بن فرقد او مزيد صاحب السابري قال اوصى رجل بتركته فامرني ان احج بها عنه فنظرت في ذلك فاذا هو شيء يسير لايكفي الحج فسألت من عندنا من الفقهاء فقالوا تصدق بها فقال(ع) : ما صنعت بها ؟ قلت : تصدقت بها ، قال : ضمنت الا ان لا يكون يبلغ ما يحج به من مكة فان كان لا يبلغ ان يحج به من مكة فليس عليك ضمان ، وان كان يبلغ ما يحج به من مكة فانت ضامن (١) ، فان التصدق بالمال مع كفاية الحج الميقاتي اتلاف للمال وصرفه في غير الوصية فلذا الزمه الامام بالضمان لكونه مفرطاً ، ثم انه بالتعدي او التفريط الموجب للضمان هل يصير خائناً وينعزل عن الوصية ام لا ؟ وجهان ربما يستفاد من بعض الاخبار عدم انعزاله كالصحيح عن ابن محبوب عن محمد بن مادر قال سألت ابا عبدالله (ع) عن رجل اوصى الى رجل وامر أن يعتق عنه نسمة بستمائة درهم من ثلثه فانطلق الوصي واعطى الستمائة درهم رجلا يحج بها عنه فقال : أرى انيغرم

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٨٨ ان من اوصى بمال للحج فلم يبلغ ان يحج من مكة .

الوصي من ماله ستمائة درهم ويجعل الستمائة فيما اوصى به الوصي. فان الظاهر من هذه الرواية عدم انعزاله بالخيانة بل يضمن ويقوم بما اوصى (١) . وقال شيخنا في الجواهر : ان هذه الرواية فيها ايماء على عدم انعزال الوصي بالخيانة ولكن لا يخفى ان ذلك مبنى على قراءة يجعل مبني للمعلوم فلو قرء للمجهول فلا دلالة له على عدم الانعزال مضافاً الى ان ضمانه لعله لجهله بالموضوع فهو لا يوجب الانعزال . فحينئذ لا يبعد انه مع التعدي والتفريط انعزاله مع الضمان ومع الشك في ذلك لا يبعد جريان الاستصحاب في بقاء سلطنته وان كان الاحوط الاستيذان من الحاكم الشرعي هذا ومع الاختلاف بان ادعى الوصي صرفه فيما ولي عليه يقبل قوله مع يمينه لكونه اميناً .

المسألة الرابعة عشرة

في أنه يجوز للاب او الجد للاب أن يولي شخصاً خاصاً على الاطفال بأن يكون قيماً عليهم واعطاء هذه التولية الى شخص خاص لابد وان يكون مع فقد الآخر والا لا يجوز للاب اعطاء التولية على الاطفال مع وجود المتولي الاجباري من الشارع اذ لا معنى لجعل تولية مع وجود من له التولية ، وجعل هذه التولية لما كانت على خلاف الاصل فلذا لابد أن يقتصر على مادل الدليل عليها ، والدليل انما دل على الولاية للاب والجد للاب والوصي منهما والحاكم الشرعي فلا ولاية

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٣٧ اذا كانت الوصية في حق فغيرها الغير فهو ضامن .

للام ولا لجد الجد مع وجود الجد ، كما انه لا ولاية لجد الأم اقتصاراً في ما خالف الاصل على مورد النص واعطاء هذه التولية من الجد او من الاب للقيم تارة تكون مطلقة واخرى مقيدة ، وعلى الثاني لابد من الاقتصار فيها على القدر المرخص فيه ويرجع بالباقي الى الحاكم الشرعي فانه بالنسبة الى الباقي لم ينصب متولياً والحاكم ولي من لا ولي له ، وعلى الاول يكون القيم المنصوب من الاب او من جد الأب قائماً بشؤون الطفل بجميع ماله من الشؤون من حفظ ماله واستنمائها واستيفاء الديون وضمان ما عليه من الاشياء الواجبة مما أتلفه من أموال الناس وأخراج ما عليه من الحقوق الشرعية من الخمس والزكاة فيما تجب عليه الى غير ذلك من شؤون الطفل الراجعة الى حفظ نفسه وماله .

نعم وقع الاشكال بالنسبة الى تزويج الطفل هل للوصي ذلك ومنشأه هو أن اعطاء هذه الولاية من الاب او الجد للاب فيما ليس لخصوص شخصهما له الدخل بالنسبة لمن ولي عليه كالأبوة ، وأما لو احتملنا في خصوص أمر من الامور نفس وجودهما له الدخل فمع هذا نلتزم بعدم صحته من الوصي للشك في تحقق هذه السلطنة له ، ومن هذا القبيل التزويج فانا نحتمل أن للابوة دخلاً في صحته فلذا لا يصح تزويج الوصي على المشهور مضافاً الى أصالة عدم تحقق سلطنة إلا ماقام الدليل عليه على أن الطفلة او الطفل بما انهما صغيران ليس لهما حاجة ماسة بالنكاح لكي يستفاد من الدليل قيام الوصي بجميع ما يحتاج اليه إلا انه قد وردت روايات دالة على صحة تزويج الوصي الا انها مخالفة للمشهور مع اشتمالها على ذكر الاخ بأنه ولي فلذا التزموا بطرحها مع أن ذلك لا يوجب الطرح فانه لا مانع من التبعيض في الرواية مضافاً الى ان الشهرة الفتوائية على خلافها ليست موجبة لطرح الرواية اذ

المخالفة لشهرة الرواية يوجب الطرح لقوله (ع) في مقام الترجيح : (خذ بما اشتهر بين اصحابك) (١) . اللهم إلا ان يقال ان الشهرة في الفتوى على خلافها يوجب عدم الاطمئنان بالرواية ، فلذا القول بالجواز محل نظر . فالاحوط المنع ، كما انه ليس للوصي من احدهما الطلاق للاجماع عليه مضافاً الى ما قلنا من اصالة عدم تحقق سلطنة احد على احد إلا ما قام الدليل عليه على ان صحة طلاق زوجة الصغير من ابيه وجده محل اشكال بل منع لما يظهر من قوله (ص) : (الطلاق بيد من اخذ بالساق) (٢) عدم شموله لمثل الاب والجد . فعدم شموله للوصي منهما اوضح ، وهل يلحق بذلك الفسخ وهبة بقية المدة ؟ الظاهر العدم لعموم ولا يتهما الا ما تحقق المنع به وليس إلا الطلاق على الاظهر . ثم لا يخفى ان الوصي من قبلهما لا ينعزل ولو طلب ان ينعزل من الحاكم الشرعي فليس له عزله . نعم لو ظهرت منه الخيانة فللحاكم الشرعي عزله ويقبل قوله : لو ادعى الأنفاق على الصغير ، كما انه لو ادعى الانفاق في حال الصغر وانكر البالغ ذلك الانفاق فالظاهر يقبل قوله لكونه أميناً ، وليس على المحسنين من سبيل . نعم ربما يناقش ويقال انه كيف يقبل قوله في حالة بلوغ الطفل مع ان قيمومته قد ارتفعت ولا تدخل تحت قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به . ولكن الظاهر قبول قول الامين لو ادعى صرف المال وقت امانته من غير فرق بين كون الدعوى في وقت امانته ام بعدها كالوكيل فانه لو عزل الموكل بعد انتهاء السنة مثلاً وادعى الوكيل صرف المال في زمان

(١) ما رواه المشايخ الثلاثة باسنادهم عن عمر ابن حنظلة ذكر الشيخ الانصاري في التعادل والتراجيح من رسائله .

(٢) المستدرك ج ٣ الحديث ٣ عن ابن ابي جمهور عن كتاب الدرر .

وكالته وانكر الموكل فالظاهر يقبل قوله ، وليس من قبيل قول ذي اليد على نجاسة ما تحت يده بناءاً على قبول قوله فانه يقبل ما دامت تحت يده فلو ادعى نجاسة ما كانت تحت يده لا يقبل لأن الموجب للسماع هو كونه تحت اليد وقد زالت لما عرفت ان المقام مقام امانة واستيمان وسماع قول الامين ليس مقيداً بحال امانته بل يقبل قوله بعد انعزاله فيما يرجع الى امانته كما لو اختلفا اي الوكيل والموكل فادعى الوكيل بعد القبض تلف المال الذي كان بيده من مال الموكل وانكر الموكل فانه يقدم قول الوكيل مع انه بالتلف زالت وكالته ولذا لو اختلفا في تصرف الوكيل وعمله بما وكل فيه من بيع او شراء او قبض حق او وفاء دين ونحو ذلك فادعى الوكيل تلك التصرفات وانكر الموكل فالمشهور على تقديم قول الوكيل لكونه اميناً وقد قوى السيد (قده) ذلك في ملحقات العروة ، ثم قال من غير فرق بين كون النزاع قبل العزل او بعده .

ولذا ترى المشهور فيما لو اختلفا في تسليم مابيده من مال الموكل اليه ولم تكن الوكالة بجعل حكموا بتقديم قول الوكيل لمحض امانته . ودعوى ان تقديم قول الوكيل في هذه الموارد لأجل قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به ممنوعة لعدم دخول ذلك في القاعدة ، وقد حررنا ذلك في قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به . وحاصله انه يعتبر في تلك القاعدة هو تحقق السلطنة الفعلية بنحو له إعمال تلك السلطنة ، ولازم ذلك نفوذ اقراره ولذا ينفذ اقرار الزوج بالرجوع بزوجته مادامت في العدة لكونه فى أيام العدة له الرجوع بها فهو مالك للرجوع ، فاقراره بالرجوع يكون نافذاً بخلاف مالو أقر برجوعه بالعدة بعد مضي العدة فانه لايقبل قوله لعدم كونه بعد العدة مالكاً للرجوع ويكون من باب

المدعي والمنكر ، وفي الأمانة لاتعتبر الملكية الفعلية بل كلما هو راجع الى جهة الأمانة يقبل قوله ولو بعد زوال الامانة . ويظهر الفرق بين قاعدة من ملك وبين باب الامانة بالنسبة الى مالو كان وكيلا على قبض ثمن المبيع فلو أقر بالقبض ثم تلف فانه يقبل قوله لكونه أميناً وليس من باب قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به لعدم كونه مالكاً بالفعل للقبض ، وكذا بالنسبة الى قبض الدين لو كان وكيلا وادعى التلف فانه يقبل قوله مع عدم ملكيته الفعلية ، وبعبارة أخرى ملاك القاعدة هو الملكية الفعلية أي له قدرة على ايجاد ما أقر به . فان كان مالكاً لذلك فاقراره في ذلك الحين نافذ ، ونفوذ اقراره في ذلك الحين يستفاد من سلطنته على ايجاد ما أقر به وذلك للملازمة العرفية بين ملكية الفعلية والاقرار به . قال بعض الأعاظم في درسه بعد ان استفاد من القاعدة بمناسبة الحكم للموضوع هو تحقق الاقرار في حال تحقق السلطنة الفعلية قال : وهذه الملازمة تستفاد من فحوى الكلام فان الأخبار الدالة على ان المسلمين لهم أن يعطوا الأمان لآحاد المشركين في حال الحرب (١) ، فبفحوى هذا الخطاب يفهم أنه لو أقروا باعطاء الأمان في ذلك الحال يسمع منهم بخلاف ملاك باب الأمانة فان كلما يرجع الى مقام الأمانة والاستيمان ولو بعد ارتفاع تلك السلطنة يقبل قوله لكونه أميناً وما على المحسنين من سبيل ، وبذلك يخرج من عموم على اليد . ولا يخفى ان ان ذلك لايدخل تحت الاقرار فان كل اقرار يكون عليه يدخل تحت

---

(١) الوسائل كتاب الجهاد باب ٢٠ جواز اعطاء الامان ووجوب الوفاء وان كان المعطي من ادنى المسلمين ولو عبداً وكذا من دخل بشبهة الامان .

(اقرار العقلاء على إنفسهم جائز) (١) وأما ان كان له مع تحقق السلطنة الفعلية فيدخل تحت قاعدة (من ملك شيئاً ملك الاقرار به) ومنه يعلم فساد ماقد يتخيل من مساواة قاعدة من ملك لحديث الاقرار حتى ادعي ان مدرك قاعدة من ملك هو حديث الاقرار بدعوى ان المراد من الملكية مطلق الملكية وان الشيء يعم الأعيان والأفعال وهو محل منع إذ المراد من الملكية هي سلطنة الفعلية والشيء يراد به نفس الأفعال إذ لامعنى لملك الاقرار بالعين الخارجية فان معنى ملك الاقرار هو اثبات الشيء وجعله قاراً كما هو معناه اللغوي فذلك لا يلائم العين الخارجية فينحصر الشيء بالافعال مثل التصرفات فاقرار الصبي غير داخل فى قاعدة من ملك لعدم تحقق السلطنة الفعلية له وعدم معنى لملك الاقرار له فيخرج من هذه القاعدة موضوعاً وليس داخلاً فيها لكي يخرج من عموم القاعدة بحديث رفع القلم كما قد توهم . نعم بعض تصرفاته مثل الوصية والوقف والصدقة تدخل فى قاعدة من ملك ولذا أطبق الاصحاب على الاسناد اليها في صحة اقرار الصبي بالامور المذكورة وعليه لا يكون الحديث مدركاً لتلك القاعدة . نعم بناءاً على دعوى ان معنى ملك الاقرار هو الاقرار بحق لازم على المخبر فيختص بما اثبته على نفسه فحينئذ يخرج منه دعوى الوكيل او الولي حقاً على موكله او المتولى عليه وشهادته لغيره عليهما وعليه يتحدالحديث وقاعدة من ملك فيكون الحديث مدركاً للقاعدة الا ان ذلك خلاف صريح الاصحاب من استنادهم الى قاعدة من ملك في دعوى الوكيل والمولى عليه والولي والمأذون على غيرهم كما هو ظاهر المعنى اللغوي لمن ملك الاقرار ودعوى ان الظاهر من كلمات الفقهاء هو غير

(١) الوسائل كتاب الاقرار باب ٣ صحة اقرار البالغ العاقل ولزومه .

ذلك محل منع كما يظهر ذلك من اراد الاقرار على الغير في كلمات الاصحاب لما عرفت منا سابقاً بان الظاهر من القضية الشرطية بمناسبة الحكم للموضوع ان المراد هو الاقرار بالشيء المسلط عليه حال كونه مسلطاً عليه بان يكون الاقرار بالشيء تابع لملك ذلك الشيء حدوثاً وبقاء بمعنى ان العلة فى الجزاء هو نفس الشرط لا حدوثه كما صريح جماعة من الاصحاب قال المحقق (قده) في الشرائع عدم قبول اقرار المريض بالطلاق في حال صحته بالنسبة الى زوجته ليمنعها من الارث وقال في التحرير على عدم سماع اقرار العبد المأذون في التجارة بعد الحجر عليه بدين يسنده الى حال الاذن وقال ايضاً كل من لا يتمكن من انشاء شيء لا ينفذ اقراره فيه فلو اقر المريض بانه وهب واقبض حال الصحة لم ينفذ من الاصل وفي التذكرة التصريح بذلك في مسألة الولي بالنكاح فى زمان ليس له وقد نص الشهيد على ذلك ايضاً في المسالك كما عن نهاية المرام تقييد قبول اقرار العبد المأذون بما اذا كان حال الاذن الى غير ذلك من كلمات الاصحاب وان بعض كلمات الاصحاب تنافي ذلك الا انها قابلة للتأويل مع انه لا ينبغي الالتفات اليها لما عرفت ان قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به مستفاد من الاخبار الدالة على ان للمسلمين ان يعطوا الامان لآحاد المشركين حال الحرب وعليه لاحاجة الى التكلف الى جعل حديث الاقرار مدركا لهذه القاعدة إذ دليل الاقرار لا ينفع للفروع المذكوره من اقرار الوكيل والعبد المأذون والولي على غيرهم على ان جل الاصحاب قد ذكروا هذه القاعدة مدركا لصحة اقرار الصبي بما يصح منه كالوصية بالمعروف والصدقة ولو كان المستند فيها حديث الاقرار لم يحرز ذلك لبنائهم على خروج الصبي من حديث الاقرار لكونه مسلوب العبارة بحديث رفع القلم مضافا الى ان

قاعدة من ملك اشمل من قاعـدة الاقرار فان موضوع قاعدة الاقرار يختص بما يكون ضررا عليه ولا تشمل ما يكون نفعاً الى الغير بخلاف قاعدة من ملك فان موضوعها يشمل ما كان فيه نفع او ضرر على الغير بل قد عرفت ان هذه القاعدة تشمل اقرار الصبي فيما له ان يفعله مثل تصرفاته في الوقف والصدقة والوصيـة مع عدم شمول قاعـدة الاقرار لذلك لانصراف تلك القاعدة الى البالغين فلا يشمل اقرار الصبي لكي يقال بانه يخرج حكما بحديث الرفع وقد منع هذا الانصراف الاستاد العراقي بعدم الفرق عرفا بين كون المقر بالغا او قبل ان يصل الى حد البلوغ بقليل كساعة او يوم ويتم المطلوب بعـدم القول بالفصل فيما كان قبل البلوغ بكثير ودعوى تخصيص ذلك بالبالغين للاجماع على عدم شموله لغير البالغين ممنوعة اذ الاجماع على تقدير حجيته بان يكون كاشفا عن راى المعصوم فيما يكون تصرف الصبي ممنوعا لا في الاشياء الذي جوز له الشارع ان يتصرف فيه كالوصية والوقف والصدقة فلا اجماع في البين ولكن لا يخفى ان ما ذكره محل نظر اذ من الواضح ان المتفاهم العرفي من قوله (ص) اقرار العقلاء على انفسهم جائز اختصاصه بالبالغين واما تطبيقه على غير البالغين بقليل فليس راجعاً الى العرف اذ امر التطبيق ليس راجعاً الى العرف فان الشارع لو حدد شيئاً لابد في تطبيقه ان يلاحظ بدقة كما في الكر مثلا فان الشارع لما حدده بالوزن الخاص لابد وان تلاحظ في تطبيقه بدقة شرعاً وان كان العرف لا يرى تفاوتاً كونه بذلك المقدار او اقل بقليل وكما في المسافة حيث ان الشارع حددها بمقدار خاص لابد وان يلاحظ ذلك المقدار الخاص فلو حصلت المسافة بما ينقص عن ذلك المقدار بمتر مثلاً لا تحصل المسافة شرعاً وان كان ذلك لا يرى العرف تفاوتاً في مقام التطبيق وعليـه لا تكون قاعدة

اقرار العقلاء على انفسهم مدركاً لقاعدة من ملك كما انه لا يصلح ان يكون مدركها هو ثبوت الملازمة بين السلطنة على ثبوت الشيء والسلطنة على اثباته اذ القدرة على ثبوت السلطنة على الشيء ملازم للقدرة على ايجاده فهذه وان كانت الاستفادة من القضية الشرطية صحيحة الا ان ذلك لا يكون مدركاً لهذه الكلية ودعوى انه يستفاد من الرواية السابقة مع دعوى اجماع التذكرة على سماع دعوى المسلم انه آمن الحربي في زمان يملك امانه وهو قبل الاسر فان ذلك وان كان صحيحاً الا انه لايكون مدركاً لهذه القاعدة الكلية اذ الاجماع على مورد خاص لا يكون اجماعاً على عموم القاعدة .

ولكن الانصاف انه لا مدرك لها سوى انها قاعدة اجماعية يظهر للمتتبع في كلمات القوم فانه يجد ان هذه القاعدة اخذت من المسلمات كأنها آية او رواية معتبرة كما يظهر لمن راجع ملحقات المكاسب فانه ذكر بعض كلمات الاصحاب بل كل من ذكر هذه القاعدة الا وقد عمل بها كأنها رواية معتبرة ولا ينافي اجماعهم على مثل هذه القاعدة خلاف بعض الاصحاب فان خلافهم انما هو من جهة تطبيق القاعدة على المورد الخاص وليس ذلك خلافاً فى اصل القاعدة وعليه نفس القاعدة المسلمة تشتمل على شرط ـ وهو من ملك شيئاً ـ وجزاء وهو ملك الاقرار به فيكون موضوع هذه القضية (من ملك شيئاً) والمراد بالشيء هو الاعم من ان يكون عيناً او فعلاً الا انه لا معنى للاقرار بنفس العين الخارجية الا باعتبار تعلقه بنفس الفعل بمعنى كونه مالكاً للفعل فى مقام التشريع بأن يكون مسلطاً على ايجاده وايقاعه شرعاً كما لو كان مالكاً لبيع داره او شرائه او هبته او وقفه او عتقه او نحو ذلك من انحاء التصرفات كتزويج امرأة او طلاقها فان جميع ذلك

يملك الاقرار بها لما عرفت من ان مقتضى القضية الشرطية تحقق الملازمة الفعلية بين الشرط والجزاء .

بل ذلك هو مقتضى الاخذ بالقدر المتيقن من مدرك هذه القاعدة الذي هو الاجماع فانه دليل لبي يؤخذ بالقدر المتيقن وهو ما يكون فعلية الملكية المعبر عنها بالسلطنة الفعلية مع تحقق الاقرار في حال تحقق السلطنة الفعلية ولا يكفي كونه مالكاً حين وقوع الفعل الذي يدعى وقوعه فى ذلك الحين وعليه لا معنى لجريان استصحاب بقاء سلطنته التي كانت له حال وقوع الفعل الذي اقر بوقوعه في الزمان المتقدم في ذلك الزمان لتبدل ذلك الموضوع قطعاً ومع تبدل الموضوع لا يجري الاستصحاب إذالمتيقن غير المشكوك بل لا شك مع القطع بارتفاع الموضوع وكيف كان فقد يظهر الفرق بين القاعدتين فيما لو اقر بالزوجية بعد انكارها فان قلنا بشمول قاعدة من ملك للفرض ينبغي القول بعدم سماع الانكار والاقرار اذ هي كما تدل على حجية الاقرار بالثبوت تدل على حجيته الاقرار بالعدم فيكون الفرض من التعارض بالنسبة الى الاقرار والانكار فلا يسمع احدهما لما هو معلوم انها تشمل الوجود والعدم وان قلنا بشمول قاعدة اقرار العقلاء على انفسهم جائز فينبغي القول بسماع الاقرار ولا يعتد بالانكار السابق ولكن لا يخفى انا نمنع من تحقق التعارض بالنسبة الى قاعدة من ملك فيما اذا ذكر المقر عذراً ولم يكن متهما اذ مع ذكر العذر في الانكار السابق يكون حجة كما في اقراره حجة لعدم اختصاصها بالوجود بل تشمل الوجود والعدم ولذا الحاكم الشرعي لو اقر بالحكم بالهلال يقبل واذ اقر بالعدم يقبل فلو اقربان الحكم كان سهواً اوخطا قبل والانصاف ان القاعدتين منصرفتين الى غير هذا الفرض .

واما السماع فيما لو حصل الاتفاق بالزوجية فلا محذور فيه لعدم الخصومة ولا تترتب آثار للانكار السابق لكون الاقرار اللاحق يمنع من الزامه بلوازم الانكار من باب الامر بالمعروف اذ يكفي فى سقوط ذلك الالزام احتمال الصحة الا ان يقال ان دليل نفوذ الاقرار يقتضي ذلك الا ان ذلك محل نظر لعدم العموم فى قاعدة الاقرار لما اذا كان صادراً لغير بيان الواقع بل كان لامر آخر .

ثم لا يخفى انه قد توهم ان مدرك قبول قول ذي اليد لاحد المتداعيين هو قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به بتقريب ان ذي اليد مالك لان يملك هذا المال الذي بيده للغير ببيع او بصلح او هبة او نحو ذلك فيملك الاقرار بهذه القاعدة وهو توهم فاسد اذ هو مالك لان يملك لا على انه يقرّ بان هذا المال لاحد المتداعيين وفرق واضح بينهما كما توهم ان مدرك ذلك هو قاعدة اقرار العقلاء على انفسهم بتقريب ان اقراره للغير اقرار على نفسه .

ولكن لا يخفى انك قد عرفت ان المأخوذ في قاعدة الاقرار ان يكون اقراراً على نفسه واقراره لاحد المتداعيين اقرار على غيره فيخرج عن موضوع القاعدة ودعوى ان الظرف متعلق بالاقرار فيكون معنى القاعدة ان الصادر من المقر وكان عليه نافذ وجائز مطلقاً سواء كان بالنسبة الى الغير له او عليه فهذا الاقرار على ذلك الطرف نافذ ولو كان عليه لا له لكونه اقراراً على المقر فلذا كان نافذاً وجائزاً ممنوعة اذ الاقرار ماخوذ فى مفهومه ان يكون على ضرر نفسه فما لم يكن كذلك لا يقال له اقرار وانما هو من باب الاخبار سواء كان عليه اوله اولم يكن له او عليه وذلك يلزم ان يتعلق الظرف بجائز لا بالاقرار على ان مقتضى تقديم الظرف على المتعلق يقتضي الحصر وذلك لا يتم الا

بتعلق الظرف بجائز ولو سلم فاقرار ذي اليد لاحد المتداعيين فيه جهتان جهة انه ليس له ، وجهة لغيره فبالنسبة الى نفسه نافذ وبالنسبة الى غيره لا يكون نافذاً .

نعم يدخل تحت قاعدة الاقرار فيما لو اقر لشخص آخر بعد اقراره لاحد المتداعيين بكلام منفصل من غير فرق بين كونه في مجلس واحد او في مجلسين فيدفع العين للذي اقر له اولاً ويغرم للثاني مثله ان كان مثلياً وقيمته ان كان قيمياً لانه باقراره الاول اوجب تلف المال على الثاني فيكون اقراره للثاني ضرراً على المقر فيندرج تحت قاعدة الاقرار وهكذا مالو قال هذه العين التي تحت يدي لاحد المتداعيين بل لشخص آخر من غير فرق بين الصورتين نعم لو اقر بغصبيته من زيد مثلاً ثم عقبه بقوله بل من عمرو فانه يدفع العين لزيد ولا يغرم مثل العين ان كانت مثلياً او قيمتها ان كانت قيميا اذ اقراره بالغصبية لا يدل على ملكيته لزيد بل هو لازم اعم اذ يجوز ان يكون اميناً لكونه مستأجراً او مستعيراً ونحو ذلك فلذا لا يوجب ترتب احكام الملكية من دفع العين لزيد والغرامة لعمرو وكيف كان فقد ذكر بعض مشايخنا (قده) اعتبار قبول قول ذي اليد باقراره لاحد المتداعيين بتقريب ان اليد لها امارة بالنسبة الى معناها المطابقي وبالنسبة الى معناها الالتزامي بمعنى ان اليد تدل على ملكية ما تحت يد الشخص لنفسه وانه ليس لغيره ولما اقر بان ماتحت يده للغير سقطت اما ريتها بالنسبة الى معناه المطابقي أي ما تحت يده له وبقيت اما ريتها بالنسبة الى غير المقر فيثبت من ذلك ان ما تحت يده لغيره اي للمقر له لعدم بقاء المال بلا مالك نظير ذلك في الامارتين المتعارضتين فانهما يتساقطان بالنسبة الى مدلوله المطابقي ويبقى مدلوله الالتزامي وهو نفيهما للثالث على حاله ولكن لا يخفى انه فرق

بين المقام وتعارض الامارتين حيث انه في المقام ان المدلول الالتزامي من لوازم المدلول المطابقي فنفيه يوجب نفي المدلول الالتزامي بخلاف الامارتين لعدم الملازمة بينهما فنفي احدهما لا يوجب نفي الآخر نعم يسقط المدلول المطابقي فيهما بالمعارضة ولكن الانصاف ان قبول قول ذي اليد ليس لما ذكر وانما هو لاجل بناء العقلاء المعبر عنه بالسيرة العقلائية ودعوى ان رواية مسعدة ابن صدقة (١) تكون رادعة لحجية هذه السيرة لظهورها في حصر الحجية بالعلم والبينة ممنوعة لعدم صلاحيتها للرادعية اذ الدليل الدال على اعتبار ذي اليد يجعله داخلاً تحت رواية مسعدة بتقريب ان قول ذي اليد استبانة تنزيلاً بمعنى ان الاستبانة التي في الرواية اخذت بمعناها اللغوي ويكون الشارع قد امضاها وبذلك تكون استبانة تنزيلا وقد رتب عليها آثارها الخاصة التي منها تقديم خبر ذي اليد على الاستصحاب لجعله يقين تنزيلي وهذا الذي ذكرنا اولى من دعوى ان الاستبانة في الرواية اعم من الاستبانة الواقعية والتعبدية حيث ان لازمه ان يكون عطف البينة على الاستبانة من عطف الخاص على العام وذلك محل منع وهذا الذي ذكرناه من الجمع ينافي حجية الخبر العادل نظراً لتدريجية البينة اذ مع حصول الشاهد الاول لا يبقى موضوع للشاهد الثاني وحينئذ تسقط البينة عن الاعتبار فتكون رواية مسعدة رادعة للسيرة في خصوص الموضوعات الا ان يقال ان المدرك لحجية خبر الواحد العادل ليس منحصراً بالسيرة بل هناك اخبار تدل على الحجية فحينئذ يشكل الجمع بينها وبين رواية مسعدة لما عرفت من تدريجية البينة نعم يتم بناء على حكومتها

---

(١) الوسائل كتاب التجارة باب ٤ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٤ .

على تلك الرواية الا ان الكلام في تماميتها ، وبعبارة اخرى يشكل التعويل على خبر العادل في الموضوعات لو كان المدرك لحجيته هو السيرة لصلاحية رواية مسعدة للرادعية وان كان المدرك هو الاخبار الواردة في الموضوعات فان قلنا بتمامية دلالتها لامكان المناقشة فيها بدعوى انها في مقام قبول قول ذي اليد فيشكل الجمع بينها وبين رواية مسعدة لاجل تدريجية البينة وبالجملة القواعد الثلاثة كل لها ملاك يؤخذ بها . ومما ذكرنا ظهر لك ان من يدعي الانفاق يقبل قوله ، ولو ادعى ذلك بعد البلوغ لأن هذه الدعوى راجعة الى امانته . واما لو ادعى القيم دفع المال الى البالغ وانكر فيكون من المدعي والمنكر ، فمع البينة يقبل قول القيم ومع عدمها يقدم قول البالغ المنكر مع يمينه وحيث انتهى الكلام الى ذكر الولاية فلا بأس بذكرها على نحو الاجمال .

الولاية

فنقول : الولاية على اقسام ولاية الأب والجد للاب والوصي من قبلهما وولاية الحاكم الشرعي وولاية عدول المسلمين فيقع الكلام في امور ثلاثة :

الامر الاول : ولاية الأب والجد للأب وتسمى الولاية الاجبارية فان المستفاد من الاجماع والاخبار ان لهما الولاية على مال الطفل بمعنى سلطنة كل واحد منهما على من ولي عليه هي سلطنة ناقصة على نحو ليس للآخر منعه وإلا لزم وجود سلطنتين تامتين على شيء واحد وهو غير معقول ، اذ هو نظير تعدد الملاك على مملوك واحد ، فان الملكية

والسلطنة لا يقومان بشخصين الا بنحو يوجب الاشتراك فلابد ان تكون سلطنة كل من الاب والجد للأب على مال الطفل سلطنة ناقصة فينفذ تصرف كل واحد منهما مع عدم الآخر ، ومع اجتماعهما يؤخذ بالمتقدم ومع التقارن يؤخذ بتصرف الجد ويستفاد ذلك من الاخبار الدالة على التزويج بل يؤخذ بتصرف الجد مع عدم اذن الاب بقوله (ص) : (انت ومالك لابيك) (١) ، ولرواية مصححة هشام بن سالم ومحمد ابن حكيم عن ابيعبدالله (ع) قال : (اذا زوج الاب والجد كان التزويج للاول فان كانا جميعاً في حالة واحدة فالجد اولى) (٢) ، والمستفاد من الروايات ان هذه الولاية هي سلطنة قهرية ثابتة للاب والجد للاب ناشئة من شفقة الابوة وليست كولاية الحاكم الشرعي ، وحيث انها كذلك لا تعتبر العدالة مضافاً الى اطلاق التعليل الوارد في الاخبار بانه لم جاز للوالد ان يأخذ من مال ولده من دون العكس؟ فقد علل بانه انت ومالك لابيك (٣) ، كما انه يستفاد من اللام كون ولايتهما سلطنة غير قابلة للعزل ، بل ربما يقال بعدم اعتبار العدالة لعدم ذكرها في الاخبار ، بل لو كانا فاسقين لا ينافي الحكمة لأن

(١) و (٢) فروع الكافي كتاب النكاح باب الرجل يريد ان يزوج ابنته ويريد ابوه ان يزوجها من رجل آخر ح ٤ ج ٥ وفي الوسائل باب ١١ من ابواب اولياء العقد في كتاب النكاح .

(٣) مكاسب الشيخ الانصاري في مسألة ولاية الاب والجد وفي المستدرك باب ٦٢ كتاب العلاء ابن رزين عن محمد بن مسلم قال رسول الله (ص) لرجل انت ومالك لابيك وبهذا الاسناد قال في كتاب علي (ع) ان الوالد لا يأخذ من والده شيئاً وللوالد ان يأخذ من مال ابنته ما يشاء الخبر .

الفاسق مع التعدي والتفريط يحجره الحاكم كحجر السفيه في ماله وليس له عزله لان الولاية لهما موهبة إلاهية غير قابلة لسلبها ، ودعوى ان قوله (ص) : (انت ومالك لابيك) مسألة اخلاقية لا يستكشف منها احكام شرعية ممنوعة فانها وان كانت معان اخلاقية إلا ان استشهاد الامام (ع) في الاخبار الصحيحة يدل على المطلوب مثل رواية ابن مسلم عن ابي عبد الله (ع) قال سألته عن رجل يحتاج الى مال ابنه قال يأكل منه من غير سرف قال وقال في كتاب علي (ع) : الولد لا يأخذ من مال ابيه إلا باذنه والوالد يأخذ من مال ابنه بما شاء وله ان يقع على جاريته إن لم يكن الولد وقع عليها ، وذكر ان رسول الله (ص) قال لرجل : انت ومالك لابيك (١) الى غير ذلك من الاخبار الموجودة فيها هذا التعليل الدالة باطلاقها على اعطاء السلطنة للجد الذي يترتب عليها التصرف المطلق ، كما ان دعوى انها تدل على الاخذ الخارجي اي يجوز للوالد الاخذ من مال ابنه من الاكل ونحوه وانها مخصوصة بالكبير ممنوعة فانها وان كان يظهر منها الاختصاص بالكبير الا ان استشهاد الامام سلام الله عليه في كثير من الموارد على مطلق الوالد مع ولده يستفاد منها الولاية على القاصر مضافاً الى النصوص الواردة في تقويم جارية ولد الصغار ويصنع بها ما يشاء والواردة بالاتجار بمال الطفل ؛ بل الاخبار الواردة في الوصي من قبلهما في جواز الاتجار بمال الطفل الدالة على ثبوت الولاية على ان في الاجماع كفاية ، والظاهر ان جواز التصرف لهما مطلقاً ولو لعدم المفسدة ولا يحتاج الى اعتبار المصلحة ، ويدل على ذلك جواز اقتراض الأب من مال من ولي عليه ، وتقويم الاب الجارية

(١) الاستبصار كتاب المكاسب ص ٤٨ باب ٢٦ ما يجوز للوالد ان يأخذ من ولده ج ٣ الطبعة الحديثة .

التي هي للولد مع انه لا اشكال في الصورتين لخلوهما عن المصلحة ، بل ادعى بعض من تأخر بانه لو لا حديث لا ضرر واشعار بعض النصوص باعتبار عدم المفسدة لكان القول بجواز التصرف حتى بما فيه المفسدة كان قوياً .

وهكذا في تزويج الولي الاجباري للصغيرين في عدم اعتبار المصلحة لاطلاق الأدلة ، ودعوى الفرق بين ولاية الاب في النكاح وبين ولايته في المال فى غير محله لاطلاق الأدلة في المقامين كما يظهر للمتتبع في اخبار الباب نعم وقع الكلام فيما لو زوج الصغير الولي بدون مهر المثل او زوج الصغير بأزيد منه ولم يكن هناك مصلحة فهل يصح العقد ويبطل المهر والرجوع الى مهر المثل او بطلان العقد قولان ، قال السيد في العروة بالثاني تبعاً لصاحب الجواهر بتقريب ان الواقع فى الخارج امر واحد مشخص فاما ان يكون صحيحاً بلا اجازة او موقوفاً على الاجازة ولذا لو عقد فضولاً بمهر خاص لم يجز للاصيل اجازة العقد دون المهر خلافاً للمسالك حيث اختار الاول ، إذ ان بطلان المهر لا يلزم منه بطلان العقد اذ لا تلازم بينهما لكون المانع من قبل المهر فينجبر بفسخه خاصة والرجوع الى مهر المثل والظاهر هو ذلك حيث ان دليل الولاية يقتضي صحة العقد ولما كان فى الصداق ضرر اقتضى خروجه عن دليل الولاية فيندفع ذلك بالرجوع الى مهر المثل ولا يقاس المقام بعقد الفضولي فان المقتضي للصحة هو الاجازة فهي من قبيل القبول فلا يمكن التفكيك بين العقد والمهر بخلاف المقام فان دليل الولاية يقتضي صحة العقد والمهر الا ان حديث لا ضرر اخرج المهر عن الولاية وذلك لا يوجب خروج العقد عنها . ودعوى ان حصول الضرر في الصداق يوجب تعنون النكاح بانه ضرري كما فى الرياء في الجماعة فلا معنى لبطلان الجماعة وصحة

الصلاة في غير محله اذ المقام لا يوجب كون النكاح ضررياً وانما الضرر في نفس الصداق فيتدارك بالرجوع الى مهر المثل . ومما ذكرنا يظهر ضعف ما ينسب الى الشيخ (قدس سره) قولاً ثالثاً بصحة العقد والمهر ولزومهما لاطلاق ادلة الولاية لما عرفت من حكومة ادلة نفي الضرر على ادلة الولاية وحيث ان الضرر تحقق في نفس المهر فلذا يبطل المهر ويتدارك بالرجوع الى مهر المثل ولا يسرى بطلانه الى بطلان العقد لعدم كون النكاح من قبيل المعارضة لكي يكون من اركان النكاح اذ يصح عقد النكاح فيما لو نسي المهر فيرجع الى مهر المثل بل قيل بصحة عقد النكاح لو عقدت المرأة بلا مهر بان قالت الزوجة زوجتك نفسي بلا مهر فقال الزوج قبلت فيقال لهذا العقد تفويض البضع وللمرأة التي لم يذكر في عقدها المهر مفوضة البضع وهنا مسائل تتعلق بولاية الاب والجد للاب .

الأولى لو زوجهما الاب او الجد للاب فالتزويج ماض لصحيح الحلبي قال قلت لابي عبد الله (ع) الغلام له عشر سنين فيزوجه ابوه في صغره ايجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين فقال اما التزويج فصحيح واما طلاقه فينبغي ان يحبس امرأته حتى يدرك (١) وصحيح عبد الله ابن الصلت قال سألت ابا الحسن (ع) عن الجارية الصغيرة يزوجها ابوها لها امر اذا بلغت ؟ قال (ع) لا ليس لها امر مع ابيها (٢) الى غير ذلك من الاخبار الدالة على ان تزويجهما لو كان من الولي الشرعي فهو

---

(١) الوسائل كتاب الميراث باب ٩ حكم ميراث الصغيرين اذا زوجهما الوليان او غيرهما .

(٢) الوسائل كتاب النكاح باب ٦ ثبوت الولاية للاب والجد للاب مع وجود الاب لا غيرهما .

ماض وصحيح كما انه ليس لكل واحد منهما الخيار بالفسخ عند بلوغهما فلو مات احدهما يرثه الآخر كما هو نص صحيحة محمد ابن مسلم عن ابي‌جعفر (ع) فى الصبي يتزوج الصبية يتوارثان ، قال اذا كان ابواهما اللذان زوجاهما فنعم ، قلت فهل يجوز طلاق الاب ؟ قال لا (١) فانه لو كان توارثهما موقوفاً على الاجازة بعد بلوغهما لم يتوارثا الصغيران الا ان في ذيل صحيحة ابن مسلم (ولكن لهما الخيار اذا ادركا فان رضيا بعد ذلك فان المهر على الاب) (٢) ينافي ذلك فلابد من طرح الذيل او حمله على مالا ينافي التوارث بدعوى ان التوارث لا ينافي الخيار اذ مافيه الخيار نكاح صحيح يترتب عليه الاحكام من التوارث وغيره بخلاف الفضولي الذي لا تترتب عليه الاحكام حتى يخير اللهم الا ان يقال ان اطلاق الصحة ظاهر في اللزوم ولذا حملها الشيخ (قده) على ان معنى الخيار هو ان الصبي اذا بلغ مختار في الطلاق او الفسخ باحد العيوب المسوغة له شرعاً والصبية لها الخيار بمطالبة الزوج بالطلاق او الفسخ مع وجود اسبابه ولكن الانصاف طرح مثل هذا الذيل لمعارضته لاكثر الاخبار الدالة على عدم الخيار للصغيرين بعد بلوغهما اولى من هذا الحمل البعيد ويعتبر في الجد ان يكون للاب فلا يشمل اب ام الاب كما يظهر من تمسك النبي (ص) انت ومالك لابيك (٣)

---

(١) الوسائل كتاب النكاح باب ١٢ ان الصغير ذكراً كان او انثى اذا زوجه الاب او الجد للاب صح العقد .

(٢) الوسائل كتاب النكاح باب ٦ ثبوت الولاية للاب والجد للاب مع وجود الاب لا غيرهما .

(٣) الوسائل كتاب النكاح باب ١١ ثبوت الولاية للجد للاب مع حياة الاب .

واما الام فلا ولاية لها كما يظهر من صحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان فقال اذا كان ابواهما اللذان زوجاهما فنعم (١) فانالظاهر من نفي عموم الولاية عن غيرالاب هوذلك . ودعوى ثبوت الولاية للام مستدلاً عليه بان رسول الله (ص) أمر نعيم بن نجاح ان يستأمر أم ابنته في أمرها قال وأتمروهن في بناتهن (٢) فى غير محلها فان ذلك مخالف للاجماع ولا سيما بملاحظة اختصاص ذلك بالام فلا يعم اباها ، كما انه لا ولاية للجد للام ولو من ام الاب ولا ولاية للاخ والعم والخال وأولادهم لما عرفت من صحيحة ابن مسلم المتقدمة من نفي عموم ولاية ماعدى الاب المستفاد من مفهوم التعليق فيها مضافاً الى الاجماع الدال على عدم الولاية لهم ، ودعوى ان الاخ له الولاية لما ورد في الصحيح عن أبي بصير عن ابي عبدالله (ع) قال سألته عن الذي بيده عقدة النكاح هو الاب والاخ والرجل يوصي اليه (٣) ممنوعة لما عرفت من ان الاجماع على خلافه مضافاً الى انه مؤل او مطروح واما العم فقد عرفت ان الاجماع على عدم ولايته مضافاً الى ماروى محمد بن الحسن الاشعري قال كتب بعض بني عمي الى أبي جعفر الثاني (ع) ما تقول في صبية زوجها عمها فلما كبرت البنت أبت التزويج ؟ قال فكتب (ع) الي لا تكره على ذلك والأمر امرها (٤) .

---

(١) الوسائل كتاب النكاح باب ١٢ ان الصغير ذكراً كان أو انثى اذا زوجه الاب او الجد صح العقد .

(٢)

(٣) الوسائل كتاب النكاح باب ٨ لا ولاية للوصي فى عقد الصغير .

(٤) الوسائل كتاب النكاح باب ٦ ثبوت الولاية للاب والجد للاب خاصة مع وجود الاب لا غيرهما .

الثانية هل للجد ولاية في حياة الاب ام له ولاية مطلقاً ولو مع فقد الاب ؟ قيل بالاول استناداً الى مفهوم الوصف في موثق الفضل ابن‌عبدالملك عن ابي‌عبدالله (ع) قال ان الجد اذازوج ابنة ابنه وكان ابوها حياً وكان الجد مرضياً جاز (١) فانه يدل بالدلالة المفهومية على عدم ولاية الجد مع فقد الاب الا ان ذلك مبني على حجية مفهوم الوصف وقد ذكر في محله عدم حجيته خصوصاً في مثل مايمكن حمله لبيان تحقق الموضوع كمثل قوله تعالى : (لا تكرهوا فتياتكم على البغاء ان اردن تحصناً) (٢) بقرينة ذيل الرواية من قوله فان هوى ابوها الجارية وهوى الجد الى ان قال (ع) احب ان ترضى بقول الجد ، وقيل بالثاني استناداً الى ان الجد له ولاية على اموال المرأة مع فقد الاب فتندرج تحت من بيده عقدة النكاح كما في الصحيح عن أبي بصير ومحمد ابن مسلم عن ابي‌جعفر (ع) سألته عن (الذي بيده عقدة النكاح) (٣) قال هو الاب والاخ والرجل يوصي اليه والذي يجوز امره في مال المرأة فيبتاع لها ويشتري فاي هؤلاء عفا فعفوه جائز في المهر اذا عفا عنه (٤)

ولكن لا يخفى ان ذلك محل نظر اذ ظاهر الآية في البالغات بقرينة نفوذ عفوهن ، ولذا نجد الروايات الواردة في تفسير هذه الآية قاصرة

---

(١) فروع الكافي كتاب النكاح باب الرجل يريد ان يزوج ابنته ويريد ابوها ان يزوجها رجلا آخر حديث ٥ وفي الوسائل كتاب النكاح باب ١١ ثبوت الولاية للجد للاب في حياة الاب .

(٢) سورة النور آية ٣٣ .

(٣) سورة البقرة آية ٢٣٧ .

(٤) الوسائل كتاب النكاح باب ٨ انه لا ولاية للوصي في عقد الصغيرة وانه يستحب للمرأة ان توكل أخاها الاكبر .

عن شمول غيرهن ولذا ذكر الاخ فى الرواية المتقدمة على أنه لم نجد دليلا يدل على ولاية الجد إلا الادلة التي تثبت أولوية ولاية الجد على الاب مثل موثق عبيد بن زرارة (قلت لأبي عبد الله (ع) الجارية يريد ابوها ان يزوجها من رجل ويريد جدها ان يزوجها من رجل آخر ، فقال الجداولى بذلك مالم يكن مضارا إن لم يكن الاب زوجها قبله (١) ونحوها اخبار آخر تدل على ان ولاية الاب والجد مختصة بحياة الاب كما هو ظاهر تعليل بعض الروايات لتقديم عقد الجد (بانك انت ومالك لابيك يقتضي اختصاص ولاية الجد بحياة الاب اذ مع فقد الاب لا معنى للتعليل المذكور . نعم يمكن التمسك للقول الثاني باستصحاب ولاية التي كانت ثابتة مع حياة الاب الى مابعد فقده الا انه لايجري فيما لو مات الاب وكان الصغير حملاً ، وعليه يجري الاصل المحكوم وهو اصالة عدم ترتب الاثر لعدم جريان الاصل الحاكم لعدم ولايته في ذاك الحال .

الثالثة يشترط في صحة عقد الجد عدم سبق عقد الاب كما انه يشترط في عقد الاب عدم سبق عقد الجد لاستقلال كل منهما بالولاية وعدم احتياج تصرف كل منهما الى الاستيذان من الآخر ، واما مع التقارن يصح عقد الجد دون الاب لما تقدم من صحيح هشام بن سالم ومحمد ابن حكيم عن ابي عبد الله (ع) قال اذا زوج الاب والجد كان التزويج للاول ، فان كان جميعاً في حال واحدة فالجد أولى (٢) . وموثق عبيد

(١) الوسائل كتاب النكاح باب ١١ ثبوت الولاية للجد للاب فى حياة الاب .

(٢) فروع الكافي كتاب النكاح باب الرجل يريد ان يزوج ابنته ويريد ابوه ان يزوجها رجلا آخر حديث ٤ ج ٥ .

ابن زرارة قلت لابي عبد الله (ع) الجارية يريد ابوها أن يزوجها من رجل ويريد جدها ان يزوجها من رجل آخر قال الجداولى بذلك مالم يكن مضاراً إن لم يكن الاب زوجها قبله (١) . هذا اذا علم السابق منهما او علم بالتقارن ، واما اذا جهل تاريخهما فقيل بتقديم عقد الجد بناءً على ان الشرط في نفوذ عقد الجد ان لا يسبقه عقد الاب فباصالة عدم سبق عقد الاب على عقد الجد يحرز الشرط المذكور ، ولكن لا يخفى ان هذا الاصل معارض باصالة عدم سبق عقد الجد على عقد الاب لما عرفت من استقلال كل منهما بالولاية ولا يلزم الاشتراك ولا الاستيذان من الآخر فايهما سبق لم يبق محل للآخر ، فتصحيح عقد كل منهما منوط بعدم سبق عقد الآخر فحينئذ يقع التعارض بين الاصلين فيتساقطان فيرجع الى تعيين احد العقدين الى القرعة ، كما انه بناءاً على ما هو المختار من عدم جريان الاصل في مجهول التاريخ فيحتاج احراز شرط نفوذ عقد كل منهما وحيث لم يحرز فيرجع تعيين أحد العقدين الى القرعة للعلم بصحة احد العقدين كما هو الحال فيما لو شك في سبق عقد احد الاختين . ودعوى تقديم عقد الجد في مجهولي التاريخ لاطلاق مادل عليه اذا لم يسبقه عقد الاب ، فما لم يعلم فيحكم بتقدمه عليه ممنوعة لعدم ظهور ذلك من الاخبار لما عرفت من عدم احراز الشرط في كل منهما لكي يصح نفوذ عقده والاصل الجاري لا يصلح لاثبات كونها خلية الى حين العقد بالنسبة الى كل منهما ، فيرجع في تعيين احد العقدين الى القرعة .

وأما لو كان عقد الجد معلوماً وجهل تاريخ عقد الاب فيقدم عقد

---

(١) فروع الكافي كتاب النكاح باب الرجل يريد ان يزوج ابنته ويريد ابوه ان يزوجها من رجل آخر الحديث ١ ج ٥ .

الجد لجريان اصالة عدم سبق عقد الاب ولا يعارضه اصالة عدم سبق عقد الجد الى زمان عقد الأب لعدم جريانه في مجهول التاريخ واما لو كان عقد الأب معلوم التاريخ فيقدم عقده ولا يعارضه الأصل الجاري في عقد الجد لكونه مجهول التاريخ نعم لو قلنا بجريان الأصل في مجهول التاريخ فحينئذ تقع المعارضة بين الاصلين فيتساقطان . فلا يمكن احراز الشرط فى نفوذ كل منهما مع العلم بصحة احد العقدين . فيرجع الى القرعة ، والظاهر ان المقام من مصاديق القرعة ولا بأس بالتعرض الى القرعة على نحو الاختصار .

القرعة

فنقول في بيانها ان مدركها من الكتاب قوله تعالى : (فساهم فكان من المدحضين) (١) وقوله تعالى : (وما كنت لديهم اذ يلقون اقلامهم أيهم يكفل مريم) (٢) ، ومن الأخبار فرواية محمد بن الحكم قال سألت ابا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام عن شيء فقال لي : كل مجهول ففيه القرعة ، فقلت : إن القرعة تخطىء وتصيب ؟ فقال : كل ما حكم الله عز وجل به فليس بمخطىء (٣) ، والمرسل في الفقيه الى ان قال (ع) أي قضية أعدل من القرعة إذا فوض الأمر الى الله !! أليس الله تعالى يقول : « فساهم فكان من المدحضين) (٤) . وعن حماد ابن عثمان عبيدالله بن علي الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل

(١) الصافات آية (١٤١) .
(٢) آل عمران آية (٤٤) .
(٣) الفقيه باب الحكم بالقرعة ح٢ - ج٣ ص ٥٢ الطبعة الرابعة .
(٤) نفس المصدر ح ٣ .

قال أول مملوك أملكه فهو حر فورث سبعة جميعاً فقال : يقرع بينهم ويعتق الذي خرج سهمه (١) الى غير ذلك من الروايات الدالة على اعتبار القرعة فانها قد وردت في الموارد الخاصة متفرقة في ابواب الفقه والظاهر انه لا خلاف في اعتبارها بل لا أظن أحداً من الأمامية ينكر اعتبارها في الجملة .

والمتحصل من اخبار الباب هي العناوين العامة الواردة في ادلة القرعة خمسة :

١ ـ عنوان المجهول . ٢ ـ عنوان المشتبه . ٣ ـ عنوان المشكل .
٤ ـ عنوان الملتبس . ٥ ـ المعضلات .

والظاهر ان المستفاد من تلك الأدلة ان مورد القرعة هي الشبهة الموضوعية المقرونة بالعلم الاجمالي الذي لا يمكن فيه الاحتياط او لا يجوز وان كان ممكناً بنحو لا يكون هناك اصل او امارة توافق للمعلوم بالاجمال كي يكون موجباً لانحلاله فيكون من المعضلات ففي مثل هذا المورد تشرع القرعة لحل المعضلة والمشكلة كما يستفاد من رواية عبد الرحيم عن ابي جعفر (ع) انه قال كان علي (ع) اذا ورد امر ما نزل به كتاب ولا سنة قال رجم ما اصاب ، قال ابوجعفر (ع) وهي من المعضلات او قال وتلك هي المعضلات (٢) .

والمراد بالشبهة الموضوعية هو الموضوع الخاص المشتبه الذي لم ينزل فيه بالخصوص حكم من كتاب او سنة ، وإلا الموضوعات الكلية حكمها موجود في الكتاب او السنة فلذا لا يعد المشتبه فيها من المعضلة اذ بجريان القواعد المجعولة لها ترفع اعضالها واشكالها .

---

(١) نفس المصدر السابق الا ان الحديث (٧) باب الحكم بالقرعة ص٥٣.

(٢) بحار الانوار انهم عليهم السلام عندهم مواد العلم فى المجلد الاول.

ومنه يعلم ان الشبهات الثلاثة الشبهة الحكمية بكلا قسيمها البدوية والمقرونة بالعلم الاجمالي والموضوعية البدوية لا تجري فيها القرعة لما عرفت ان المستفاد من الاخبار انه مما اشكل عليه الحكم وليس علاج لحل المشكل ، والمفروض ان فى الشبهات المذكورة فيها قواعد واصول لا تجعل المورد من المعضلات والمشكلات .

ويظهر من ذلك ان موضوع القرعة هو ما ذكرنا من الشبهة الموضوعية المقرونة بالعلم الاجمالي الذي لا يمكن فيه الاحتياط كمثل احدى زوجاتي طالق او أحد عبيدي حر بناء على صحة مثل هذا الطلاق والعتق ، كما ينسب الى جماعة منهم الاجماع على الرجوع الى القرعة او لا يجوز وان كان ممكناً كما في مثل الغنم الموطوءة المشتبه في قطيع الغنم فان الاحتياط عن جميع اطرافه وان كان ممكناً إلا انه يكون ذلك ضرراً على صاحب القطيع فيصير بذلك مشكلا ومعضلا فتشرع حينئذ القرعة فتتعين الموطوءة وتجري عليها احكامها وفي مثل هذا المورد اي الشبهة الموضوعية المقرونة بالعلم الاجمالي التي هي مجرى للقرعة ليس مورداً لسائر الاصول والامارات لكي يقال بانها في مورد المعارضة ايهما مقدم ، والا لو كان في مورده اصل او امارة خرج عن كونه مشكلا ومعضلا . فعليه لا معنى للنزاع بانها تقدم على الاستصحاب او بالعكس لعدم المعارضة بينهما ولذا قلنا باختصاصها بالشبهة الموضوعية التي لا يمكن فيها الاحتياط او لا يجوز وان كان ممكناً او لا يجب ودعوى اختصاصها بالشبهة الموضوعية لظهور امر المجهول في الرواية فيها حيث انه نفس الشيء وذاته مجهول لا حكمه محل نظر لظهور لفظ الأمر كلفظ الشيء في مفهوم عام يشمل الاحكام والموضوعات والظاهر ان المستفاد من اخبار الباب ان حجية القرعة بنحو الامارة دون الاصل كما يستفاد

من قول ابي الحسن علي (ع) ان كل ما حكم الله به فليس بمخطىء في مقام ردع الراوي ان القرعة تخطىء وتصيب الى غير ذلك من الروايات الدالة على كون القرعة من باب الكشف وانها توجب القطع بدوام المقاطعة نظير ما قيل في الاستخارة فأنها توجب الاطمئنان بأصابتها للواقع كما يستفاد من اخبارها ذلك وانها من باب طلب الخير من الله تبارك وتعالى وايكال الامر اليه وذلك لا يكون من مصاديق قوله تعالى (وان تستقسموا بالازلام) (١) فان ذلك شرك وطلب الخير من هبل كما يحكى عن ابن اسحاق (٢) قال : كانت هبل أعظم أصنام قريش بمكه وكانت على بئر في جوف الكعبة ، وكانت تلك البئر هي التي يجمع فيها مايهدى للكعبة ، وكانت عند هبل سبعة اقداح كل قدح فيه كتاب قدح فيه (العقل) إذا اختلفوا في العقل من يحمله منهم ضربوا بالقداح السبعة قدح فيه (نعم) للأمر إذا ارادوه يضرب به فان خرج قدح نعم عملوا به ، وقدح فيه (لا) فاذا أمراً ضربوا به في القداح فاذا خرج ذلك القدح لم يفعلوا ذلك الامر ، وقدح فيه (منكم) وقدح فيه (ملصق) وقدح فيه (من غيركم) وقدح فيه (المياه) إذا أرادوا ان يحفروا للماء ضربوا بالقداح وفيها ذلك القدح فحيثما خرج عملوا به (وكانوا) إذا أرادوا - أن يختنوا غلاماً أو أن ينكحوا منكحاً أو ان يدفنوا ميتاً اوشكوا في نسب واحد منهم - ذهبوا الى هبل بمئة درهم وبجزور فأعطوها صاحب القداح الذي يضربها ثم قربوا صاحبهم الذي يريدون به ما يريدون ، ثم قالوا : يا إلهنا هذا فلان بن فلان أردنا به كذا وكذا فأخرج الحق منه ، ثم يقولون لصاحب

(١) سورة المائدة آية (٣) .

(٢) الطبري في تفسيره ج ٦ .

القداح اضرب فيضرب فان خرج عليه (من غيركم) كان حليفاً وان خرج (ملصق) كان على منزلته فيهم لا نسب له ولا حلف وان خرج شيء سوى هذا مما يعملون به (نعم) عملوا به وان (لا) أخروه عامهم ذلك حتى يأتوا به مرة أخرى ينتهون في امورهم الى ذلك الى ما طرحت به القداح لوضوح ذلك انه يكون من الاتكال الى هبل ، وقد نهى عن ذلك لكونه من الشرك الباطل ، واين ذلك من الاستخارة التي هي ايكال الأمر الى الله تعالى وتفويضه اليه ، وكيف يمكن ان تقاس الاستخارة التي هي ايكال الامر الى الله تعالى واطاعته له الى ماهو من الشرك الباطل على ان الآية الشريفة في مقام تمييز ماهو حلال منها وما هو حرام منها اي تمييز المذكى عن غير المذكى قال تبارك وتعالى : (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل لغير الله والمنخنقة والموقودة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع الا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وان تستقسموا بالازلام ذلكم فسق) (١) وكان في الجاهلية إذا اجدبت سنة فالأغنياء من العشيرة يشترون جزوراً ويجزؤنه سهاماً ، وكانت عندهم سهام وهي الأزلام أي القداح لا ريش لها ، وكانت تلك القداح في يد امين لهم وتلك السهام كانت عندهم ثمانية وعشرون سهماً وقد نظمها بعضهم فقال :

هي فذ وتوم ورقيب ثم حلس ونافس ثم مسبل
والمعلى والوغد ثم سفيحٌ ومنيح وذي الثلاثة تهمل
ولكل مما عداها نصيب مثله ان تعد اول اول

ويظهر من هذا النظم ان الرقيب له ثلاثة اسهم ومسبل له ستة اسهم الا ان تفسير علي بن ابراهيم القمي وبعض التفاسير عكس ذلك .

---

(١) سورة المائدة آية (٣) .

وبالجملة هذه الجملة المذكورة في الآية هو ما ذكرناه في المعنى فلا ربط له بالاستخارة التي قد عرفت انها في مقام الايكال الى الله وتفويض الأمر اليه تبارك وتعالى ، ولو تشاح الأب والجد فسبق عقـد الأب فالظاهر صحة عقد كما هو مقتضى صحيحة هشام المتقدمة . ودعوى ان الحكم بالصحة تنافي الأولوية في صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما الى ان قال (ع) الجد اولى بنكاحها (١) اذ بمقتضاه بطلان عقد الأب في مقام التشاح ممنوعة فانها محمولة على الأولوية التكليفية لا الوضعية واما لو تشاح الجد الاسفل والاعلى فهل يجري عليهما حكم الأب والجد أولا . قيل : بالثاني لأنهما ليسا ابا وجداً بل كلاهما جد فلا يشملهما ما دل على تقديم الجد على الأب الا ان ذلك ينافي خبر عبيد بن زرارة (٢) الا ان يقال بان التعليل المذكور في الرواية بالنسبة الى نفوذ تصرف الجد لا أولويته من الأب عنـد الاقتران ، والانصاف ان ذلك خلاف الظاهر فان الظاهر من التعليل انه في مقام تقديم عقد الجد على الأب .

الرابعة لا ولاية للاب والجد للاب على البالغ الرشيد للاجماع من الفريقين ولعموم السلطنة كما انه لا خلاف منا على عدم الولاية لهما على البالغة الرشيدة اذا كانت ثيبة لصحيحة الحلبي عن ابي عبد الله (ع) انه قال في المرأة الثيب تخطب على نفسها قال هي املك بنفسها تولي أمرها من شاءت اذا كان كفواً بعد أن كانت قد نكحت رجلاً قبله (٣) الى غير ذلك من الاخبار الدالة على ان الثيب تملك نفسها ولا يعارضها

---

(١) ـ (٢) ـ فروع الكافي كتـاب النكاح باب الرجل يريد ان يزوج ابنته ويريد ابوه ان يزوجها رجلاً آخر حديث (٢ ـ ٣) .

(٣) الوسائل كتاب النكاح باب ٣ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد وفي فروع الكافي باب التزويج بغير الولي حديث ٥ ص ٣٩٢ ج ٥

اخبار أخر فانها غير صالحة للمعارضة لعدم حجيتها . واما البكر الرشيدة فقد اختلفوا في ثبوت الولاية عليها على اقوال وهي استقلال الولي واستقلالها والتفصيل بين الدوام والانقطاع باستقلالها فى الاول دون الثاني ، ومنشؤها اختلاف الاخبار ، فما دل على الاول صحيحة عبد الله ابن الصلت قال سألت ابا الحسن الرضا (ع) عن الجارية الصغيرة يزوجها ابوها ألها أمر اذا بلغت ؟ قال (ع) لا ليس لها مع ابيها امر قال وسألته عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أبيها امر ؟ قال : لا ليس لها مع ابيها أمر مالم تكبر (١) .

وصحيحة محمد بن مسلم عن احدهما (ع) لاتستأمر الجارية اذا كانت بين ابويها ليس مع الاب امر (٢) ، وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال سألته عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء ألها مع ابيها امر ؟ فقال (ع) ليس لها مع ابيها امر ما لم تثيب (٣) الى غير ذلك من الاخبار التي استقصاها شيخنا الاعظم الى ثلاثة وعشرين رواية دالة على استمرار ولاية الاب على البالغة الرشيدة الباكرة وانها ليس لها مع ابيها امر ، واما مادل على الثاني وهو استقلال تصرفها هو مصحح الفضلاء الفضيل بن يسار ومحمد بن مسلم وزرارة وبريد بن

---

(١) فروع الكافي كتاب النكاح باب استيمار البكر ومن يجب عليه استيمارها ومن لا يجب عليه حديث ٦ ص ٣٩٣ ج ٥ وفي الوسائل هذه الرواية عن ابن الصلت عن ابي عبدالله في كتاب النكاح باب ٦ ثبوت الولاية للأب والجد .

(٢) الوسائل كتاب النكاح باب ٤ ان البكر البالغة الرشيدة التي ليس لها اب امرها بيدها .

(٣) الوسائل كتاب النكاح باب ٣ انه لا ولاية لاحد من الأخ ولا اب ولا غيرهما على الثيب .

معاوية كلهم عن ابي جعفر (ع) قال المرأة التي ملكت نفسها غير السفيهة ولا المولى عليها ان تزويجها بغير ولي جائز (١) وصحيحة منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلام قال (ع) تستأمر البكر وغيرها ولا تنكح إلا بامرها (٢) وخبر زرارة عن ابي جعفر قال اذا كانت المرأة مالكة امرها تبيع وتشتري وتعتق وتشهد وتعطي من مالها ماشاءت فان امرها جائز تزوج ان شاءت بغير اذن وليها وان لم يكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بامروليها (٣) وخبر عبدالرحمن بن ابي عبدالله عن ابي عبدالله عليه السلام تزوج المرأة من شاءت اذا كانت مالكة لأمرها (٤) وما دل على الثالث اعني التفصيل بين الدوام والأنقطاع فقد حكاه في الشرائع والتذكرة بصحيحة البزنطي عن الرضا عليه السلام قال البكر لا تتزوج متعة إلا باذن ابيها (٥)، وصحيحة ابي مريم عن ابي عبدالله (ع) قال العذراء

---

(١) الوسائل كتاب النكاح باب ٢ انه لا ولاية لاحد من اخ او اب ٢ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد وفي التهذيب باب ٣٢ حديث ١ ج ٧ الطبعة الحديثة .

(٢) الوسائل كتاب النكاح باب ٣ لا ولاية لاحد ، من ابواب عقد النكاح .

(٣) التهذيب كتاب النكاح باب ٣٣ حديث ٦ ج ٧ وفي الوسائل كتاب النكاح باب ٩ ان الولاية في عقدالبكر البالغة الرشيدة مشتركة بينها وبين ابيها .

(٤) فروع الكافي ـ كتاب النكاح ـ باب التزويج بغير ولي ، حديث (٣) ج ٥ الطبعة الحديثة .

(٥) الوسائل كتاب النكاح باب (٩) حكم التمتع بالبكر .

التي لها اب لا تتزوج متعة الا باذن ابيها (١) ، مع دعوى انصراف ما دل على استقلالها الى خصوص الدائم ، والظاهر هو اختيار الوجه الأول إذ الأخير لم يعرف قائله كما عن جامع المقاصد ، على ان دعوى الأنصراف في غير محله ، وما ذكر من الخبرين غير قابل لتخصص ما دل على استقلال الولي لكونهما معارضان بغيرهما كخبر الحلبي قال سألته عن التمتع من البكر اذا كانت بين ابويها بلا إذن ابويها قال (ع) لا بأس ما لم يفتض ما هناك لتعصف بذلك (٢) ، وخبر ابي سعيد قال سئل ابوعبدالله عن التمتع من الأبكار اللاتي بين الأبوين فقال لا بأس (٣) .

واما الوجه الثاني فالأخبار الدالة عليه غير صالحة لمعارضتها للأخبار الدالة على الوجه الأول إذ يمكن حمل قوله (ع) مالكة لأمرها على الثيب ، كما انه يمكن حمل رواية مصححة الفضلاء على ان المراد من الولي في قوله تزويجها بغير ولي جائز هو غير الأب كما ان الاستدلال عليه بانه (ولا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف) (٤) فانها تقبل فيما تقيدها بتلك الأخبار على انها في مقام عضل الولي من تزويج المرأة من غير الكفؤ مع وجوده فانه لا أشكال في سقوط ولايته وجواز استقلالها به من غير فرق بين ان يكون النكاح بمهر المثل وغيره وانما ولايته لا تسقط مع منع الولي من غير الكفؤ

---

(١) الوسائل كتاب النكاح باب (٩) حكم التمتع بالبكر .

(٢) الوسائل كتاب النكاح باب (٩) حكم التمتع بالبكر بغير اذن وليها .

(٣) نفس المصدر حديث (٦) .

(٤) سورة البقرة آية ٢٣٢ .

للأجماع بقسميه والأستدلال بذلك على سقوط ولاية الأب اولى من الأستدلال بالآية الشريفة اذ تحريم العضل لا يدل على ذلك . واما منعها من التزويج بغير الكفؤ شرعاً فلا يكون عضلاً لفساد العقد فلا مورد للولاية عليها وكذا لو منعها عن التزويج بغير الكفؤ عرفاً لاطلاق الكفؤ في كلام الأصحاب وكذا لو منعها من التزويج بكفؤ معين مع وجود كفؤ آخر فالظاهر عموم ادلة الولاية لهذا الفرض واما لو كان غائباً لا يمكن الأستئذان منه مع حاجتها الى التزويج فالظاهر سقوط اعتبار اذنه لعدم الخلاف في ذلك كما يظهر من بعض وفي الحدائق في حكم العضل الغيبة المنقطعة التي يحصل معها المشقة الشديدة من اذن الولي ، والظاهر ان ذلك يستفاد من دليل السقوط بالعضل ، واما صحيحة منصور بن حازم (١) فيمكن حملها على غير الولي الشرعي او عليه وقد زوجها من غير الكفؤ لها مع عضلها بذلك فقد عرفت انه يجوز العقد على نفسها او تحمل هذه الرواية على الأفضل فيما يختص الأب من امر البكر وما يختص غيره فمحمول على ظاهره من الوجوب وانه لايجوز العقد عليها الا بأمرها ، واما مرسلة سعدان بن مسلم عن رجل عن ابي عبدالله (ع) لا بأس بتزويج البكر اذا رضيت من غير اذن ابويها (٢) فمحمول على من عضلها ابوها ولم يزوجها بكفئها فيجوز لها العقد على نفسها ، على ان هذه المرسلة الضعيفة غير قابلة لمقاومة تلك الأخبار الدالة على استقلال الأب في تزويج ابنته الباكرة البالغة المؤيدة بمثل

---

(١) التهذيب باب ٣٢ عقد المرأة على نفسها النكاح حديث ١ ص ٣٨٠ ج ٧ الطبعة الحديثة .

(٢) التهذيب كتاب النكاح باب ٣٢ عقد المرأة على نفسها النكاح حديث ١٤ .

صحيحة علاء بن رزين عن ابي عبدالله (ع) قال لا تتزوج ذوات الآباء من الأبكار الا بأذن آبائهن (١) ، وصحيحة ابن ابي يعفور وخبر ابي مريم عن ابي عبدالله (ع) الجارية البكر التي لها اب لا تتزوج إلا باذن ابيها (٢) نعم ربما يقال بانه يعارض ما ذكرنا من الروايات رواية زرارة بن اعين قال سمعت ابا جعفر (ع) يقول لا ينقض النكاح إلا الأب (٣) ، وهكذا رواية محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) قال لا ينقض النكاح إلا الأب (٤) فان المستفاد من النقض هو صحة عقد المرأة مستقلة إلا ان الأب له حق الفسخ ، فان فسخ العقد انفسخ وإلا على صحته وذلك ينافي قوله ليس مع ابيها امر إذ ظاهره عدم صحة عقدها ولأجل ذلك بني على اعتبار اذن الولي واذن البنت لكونه جمعاً بين الدليلين ، ويؤيد ذلك رواية احمد بن محمد بن عيسى عن ابن فضال عن صفوان قال استشار عبدالرحمن موسى بن جعفر (ع) في تزويج ابنته لابن اخيه فقال افعل ويكون ذلك برضاها فان لها ف نفسها نصيباً

(١) التهذيب باب ٣٢ عقد المرأة على نفسها النكاح ح ٧ - ج ٧ وفي فروع الكافي كتاب النكاح باب (استيمار البكر ومن يجب عليه استيمارها ومن لا يجب عليه) ح ١ - ج ٥ الطبعة الحديثة .

(٢) الوسائل كتاب النكاح باب ٤ - ان البكر البالغة الرشيدة التي ليس لها اب امرها بيدها - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد .

(٣) فروع الكافي كتاب النكاح - باب (التزويج بغير الولي) ح ٨ - ص ٣٩٢ ج ٥ الطبعة الحديثة وفي الوسائل كتاب النكاح باب ٤ من ابواب (عقد النكاح واولياء العقد) .

(٤) التهذيب كتاب النكاح باب (عقد المرأة على نفسها النكاح) ح ٩ - ج ٧ .

قال فأستشار خالد بن داود موسى بن جعفر (ع) في تزويج ابنته علي ابن جعفر فقال افعل ويكون ذلك برضاها فان لها في نفسها حظاً (١)، إلا ان هذا الجمع يوجب طرح الأدلة الدالة على استقلال الأب من دون احتياج ذلك الى اذن من البنت، فلذا بعضهم حمل الطائفة الدالة على استقلال الأب على الأستحباب اي يستحب للبكر ايكال امرها الى الأب بل جعل ذلك اولى من تقييد المطلق لكون التقييد مستلزماً لطرح اخبار كثيرة كمرسلة سعدان وخبر ابن عباس والأخبار الواردة في جواز التمتع بالبكر بدون اذن ابيها يوجب اولوية الجمع بحمل المقيد على الأستحباب الا انك قد عرفت ان اخبار التمتع بالبكر متعارضة واما خبر سعدان غير صالح للحجية ولا للترجيح على ان في المسالك وكشف اللثام والجواهر وليها عوض ابيها فيكون مفاده استقلالها مقيدة بغير الاب وعلى كل المسألة مشكلة فلذا الاحوط الأستئذان منهما، فلو تزوجت من دون اذن الاب او زوجها الاب من دون اذنها فيجب احتياطاً، اما باجازة الأخر أو الفراق بالطلاق هذا فيما إذا لم تذهب بكارتها، واما إذا ذهبت بكارتها فتارة تكون بغير الوطيء من وثبة ونحوها، واخرى كانت بنحو الزنا أو الشبهة، اما إذا كانت بنحو الوثبة فحكمها حكم البكر كما في الجواهر والمسالك وغيرهما لعدم شمول النصوص الدالة على استثناء الثيب لعدم صدق الثيبوبة على مثل ذلك واما إذا كان بنحو الزنا او الشبهة فقد يقال بالحاقها بالبكر كما في العروة (ولا يبعد الالحاق بدعوى ان المتبادر من البكر من لم تتزوج) بناءاً على ان المستفاد من النصوص هو التزويج لا على الثيبوبة بالتزويج

---

(١) التهذيب كتاب النكاح ـ باب ٣٢ (عقد المرأة على نفسها النكاح) حديث ١ ج ٧ ص ٣٢٩ .

إلا ان ذلك محل نظر إذ المستفاد منها هو الثيبوبة بالتزويج خلافاً للشيخ في الجواهر فألحق ذلك بالثيب اخذاً بأطلاق الادلة ، وما يظهر من بعض النصوص التقييد محمول على الغالب ، أللهم إلا ان يقال بان اطلاق ـ وما لم يثيب ـ يشمل ما كان حاصلاً بالوثبة ، والانصاف ان ذلك منصرف الى ما كان بالوطيء على انه لم يعرف له قائل ، فالمستفاد من النصوص هو ما كان بوطيء الزوج فلو تزوجت ومات عنها او طلقها قبل ان يدخل بها فالظاهر الحاقها بحكم البكر وحملها على الغالب اخذاً بأطلاق ما لم تثيب لتشمل وطيء الشبهة والزنا محل نظر . ثم انه لا ولاية للجد على البكر البالغة الرشيدة لما يستفاد من ادلة استقلالها مع عدم الاب .

الخامسة : لا ولاية لاب الكافر على ولده المسلم اجماعاً كما في الجواهر والحدائق وقد استدل عليه بقول (ص) « الاسلام يعلو ولا يعلى عليه » (١) وقوله تعالى : « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض » (٢) والاستدلال بذلك محل نظر إذ العلو في النبوي يقصد منه الظهور كما في قوله تعالى « ليظهره على الدين كله » (٣) كما ان في الآية المذكورة يراد به غير ذلك لظهورها في ثبوت الولاية من الطرفين فتشمل الكبير والصغير كما في قوله تعالى : « والذين كفروا بعضهم اولياء بعض » (٤) نعم استدل بقوله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على

---

(١) الفقيه باب ١٧١ ميراث اهل الملل ح ٣ ج ٤ ص ٢٤٣ .
(٢) سورة التوبة آية ٧١ .
(٣) سورة التوبة آية ٣٣ .
(٤) سورة الأنفال آية ٧٣ .

المؤمنين سبيلاً » (١) اذ ثبوت ولاية الكافر على المسلمين سبيل ، فهذه الآية دلت على نفي السبيل ، والاشكال عليها بان هذه الآية لم تكن في مقام الجعل التشريعي وانما هي في مقام الجعل التكويني المتعلق بامور الآخرة بقرينة سياق ما قبلها والله يحكم بينكم يوم القيامة فلا تكون الآية دالة على الجعل التشريعي حتى يكون المقام من مصاديقها ، وعليه يكون معنى السبيل فيها هي الحجة يوم القيامة بمعنى انه لا حجة للكافرين على المؤمنين يوم القيامة كما عن وكيع عن أميرالمؤمنين علي بن ابي طالب (ع) قال رجل يا اميرالمؤمنين ارأيت قول الله ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً وهم يقاتلوننا فيظهرون ويقتلون قال له علي (ع) ادنه ادنه ثم قال (ع) فالله يحكم بينهم يوم القيامة (٢) ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً يوم القيامة (٣) ولكن لا يخفى ان تفسير الامام عليه السلام في بعض المصاديق لا ينافي عموم المراد ولا يوجب الخروج عن مفهوم اللفظ فيكون المراد نفي علو الكافر على المؤمن مطلقاً سواء كان بالحجة يوم القيامة او الغلبة في عالم التشريع. وبالجملة المستفاد من هذه الآية ان الله لم يجعل في مقام التشريع الاسلامي حكماً يكون من ناحيته سبيلاً وعلواً للكافر على المسلم بل يستفاد من بعض الاخبار كمثل قوله (ص) والكفار بمنزلة الموتى لا يحجبون ولا يرثون (٤) ، هو عدم الاعتناء بشأن الكفار وتنزيلهم منزلة الاموات ، وحينئذ تكون هذه القاعدة حاكمة على العمومات الاولية كما

(١) سورة النساء آية ١٤١ .

(٢) سورة البقرة آية ١١٣ .

(٣) تفسير الطبري .

(٤) الفقيه باب ١٧١ ميراث اهل الملل ح ٣ ج ٤ ص ٢٤٣ .

هو كذلك بالنسبة الى مثل آية (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) (١) فانها كما ترى تشمل المسلم والكافر إلا ان هذه القاعدة تكون حاكمة عليها فتختص بالوارث المسلم ، كما انه لا يجعل الكافر قيماً على صغار المسلمين وسفهائهم ومجانينهم بل لو كان للميت المسلم اولاد كفار فليس لهم الولاية على تجهيزه ودفنه وكفنه ، كما انه لا يجعل متولياً على الوقف الراجع للمسلمين كالمدارس الدينية الموقوفة على طلاب العلوم الدينية ومستشفى الموقوف على مرضى المسلمين إذ من المعلوم جعل الكافر متولياً على المدارس الدينية والمستشفى الموقوف على مرضى المسلمين يؤدي ذلك الى ان يكون له السبيل على المسلمين وهو منفي بهذه الآية الشريفة ، والظاهر ان المراد من عدم الجواز في المقام هو عدم الصحة الذي هو حكم وضعي لا الحرمة التي هي حكم تكليفي ، كما انه ليس له اخذ الشفعة فيما إذا كان المشتري مسلماً وان كان البائع كافراً للزوم ان يكون للكافر حق انتزاع ملكه الى المشتري المسلم من يده قهراً ومعلوم ان هذا الجعل يكون سبيلاً وهو منفي بهذه الآية ، كما ان نكاح الكافر يبطل باسلام زوجته ان لم يسلم الزوج الكافر ، لان بقاء الزوجية مع كفر الزوج يكون له عليها سبيل لان (الرجال قوامون على النساء)(٢) وهو منفي بهذه الآية كما ان الكافر ليس له حق القصاص من المسلم مثلاً لو قتل مسلماً عمداً وكان للمسلم المقتول ولد كافر مطلقاً اي سواء أكان وحده ام معه اولاد مسلمون فاذا كان غيره وارث فيختص ذلك الوارث المسلم بحق القصاص وان لم يكن له وارث آخر وكان وحده يسقط حق القصاص بالمرة ويرجع امره الى الحاكم كما انه ليس للكافر

---

(١) سورة النساء آية ١١ .

(٢) سورة النساء آية ٣٤ .

ولاية على تملكه للمسلم من غير فرق بين انحاء التملك سواء كان بنحو الشراء ام كان بنحو الصلح او الهبة او بأي ناقل شرعي لما هو معلوم ان جواز انتقال العبد المسلم الى الكافر من اوضح مصاديق هذه الآية الشريفة إذ يكون ذلك سبيلا اي سبيل اعظم من كون المسلم عبداً مملوكاً على الكافر لا يقدر على شيء وهو كل على مولاه بل يعد سبيلاً لو تملكه بالملك القهري ، كما اذا كان المورث ايضاً كافراً أو اسلم في ملك الكافر فانه يجبر على البيع ولا يقر يده عليه كما هو صريح ما قاله اميرالمؤمنين (ع) في عبد كافر اسلم وهو في ملك مولاه الكافر في المرسل عن حماد بن عيسى عن ابي عبدالله (ع) ان اميرالمؤمنين (ع) اوتي بعبد ذمي قد اسلم فقال (ع) اذهبوا فبيعوه من المسلمين وادفعوا ثمنه الى صاحبه ولا تقروه عنده (١) . ودعوى الشيخ الأنصاري ان هذه القاعدة تعارض بعموم ادلة صحة البيع ووجوب الوفاء بالعقود وحل اكل المال بالتجارة عن تراض ، وعموم الناس مسلطون على اموالهم مدفوعة بحكومة هذه القاعدة على تلك العمومات الأولية واطلاقاتها كما هو مفاد قوله (ص) (الكفار بمنزلة الموتى) فيكون مثل هذا الحديث يخرج الكفار عن تلك العمومات والاطلاقات تخرج خروجاً تعبدياً إلا انك قد عرفت ان السبيل ليس بمعنى نفس الملكية بل المراد هي الملكية المستقرة فلا ينافي ان الكافر ان يملك ملكية غير مستقرة ولذا يرجع اليه ثمنه عوض ملكه.

وحاصل الكلام ان المناط في هذه القاعدة هو حصول العلو والسبيل على المسلم ، والظاهر انها لا تحصل بنفس الملكية فقط وانما تحصل بالملكية المستقرة للكافر . ومنه يظهر ان اجارة المسلم للكافر لا يعد

---

(١) مكاسب الشيخ في البيع في مسألة عدم صحة نقل العبد المسلم الى الكافر .

علواً وسبيلاً للكافر على المسلم مطلقــاً بل يحتاج الى النظر في موارد الايجارات بان كان يحصل من عليه من ناحية هذه الاجارة ام لايحصل ذلك ، فان كان الأول فلا تجوز الاجارة ، وان كان الثاني فتجوز تلك الاجارة من غير فرق بين ان يكون الأجير حراً أو عبداً او بين كون الاجارة على ما في الذمة او تكون على العمل الخارجي . وهكذا حال الاعارة ففي مورد تكون الاعـارة ذلاً وهواناً فلا تجوز والا فتجوز ، واما الارتهان فقد قيل بعدم الجواز مطلقـاً كما عن الايضاح والقواعـد وقيل الجواز مطلقاً وقيل بالتفصيل بين ان يكون العبـد المسلم المرهون عند مسلم حسب رضاء الطرفين وبين ان يكون تحت يد الكافر فيجوز في الأول دون الثاني ، والظاهر هو مـا قلنا بان كون يد الكافر مثل الرهن لا يعد هواناً وذلاً فلذا لا بأس بالارتهان لعدم كون تسلطه على حفظه يعد علواً وسبيلاً عليه ، واما وقف العبد المسلم على الكافر فقد قيل بالمنع مطلقاً والجواز مطلقاً ، والظاهر عدم الجواز ان قلنا ان العين الموقوفة ملكاً للموقوف عليهم لما عرفت ان نفس المسلم يكون على هذا التقدير ملكاً للكافر وقد عرفت انه اي علو اعظم من كونه مالكاً والمسلم مملوكاً له ، واما لو قلنـا بعدم كون الموقوفة ملكاً للموقوف عليهم فلا بأس به كالقول بارتهان العبد المسلم له كما انه لا مانع من وقف عبده المسلم على تعليم اقاربه الكفار او معالجة مرضـــاهم . نعم وقفه على خدمتهم بان يكون خادماً او خادمة في بيتهم محل منع .

السادسة : لو زوج ولي المرأة شرعاً وكان في المرأة عيب سترته ولم تخبر به الولي يجوز للزوج الرجوع الى وليها بالمهر لرواية رفاعة ابن موسى قال سألت ابا عبدالله (ع) المحدود والمحدودة هل ترد من النكاح؟ قال (ع) لا ، قال رفاعة وسألته عن البرصاء فقال قضى

اميرالمؤمنين (ع) فى امرأة زوجها وليها وهي برصاء ان لها المهر بما استحل من فرجها وأن المهر على الذي زوجها ، وانما صار المهر عليه لأنه دلسها (١) ، وعن ابي عبيدة عن ابي جعفر (ع) قال فى رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها فقال إذا دلست العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة ومن كان بها زمانة ظاهرة فانها ترد على اهلها من غير طلاق ويأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دلسها (٢) ، ويستفاد من بعض الأخبار انه كذلك لو دلس غير الولي فانه يرجع اليه فيما دلس كما ورد فى خبر رفاعة بن موسى عن ابي عبدالله (ع) في رجل ولته امرأة امرها او ذات قرابة او جار لها لا يعرف دخيلة امرها فوجدها قد دلست عيباً هو بها قال يأخذ المهر منها ولا يكون على الذي زوجها مهر (٣) وعليه يستفاد من هذه الأخبار رجوع المغرور الى الغار فى مقدار الضرر الذي اوقعه منه بواسطة تغريره له ، ويستفاد ذلك من تعليل الامام (ع) في خبر رفاعة بانه دلسها بجعل المهر على الذي زوجها فجعل عليه السلام مناط الرجوع وعلته هو خدع الزوج بتدليسه اياها وإراءتها على خلاف الواقع ، ومقتضى عموم التعليل هو رجوع كل من خدع وتضرر الى الذي خدعه وذلك العموم هو قاعدة الغرور اي رجوع المغرور الى الغار الا إن استفادة هذه القاعدة اي المغرور

(١) فروع الكافى باب المدلسة فى النكاح وما ترد منه المرأة حديث ٩ ص ٤٠٧ الطبعة الحديثة وفي التهذيب كتاب النكاح باب ٣٨ ص ٤٢٤ حديث ٨ ج ٧ .

(٢) نفس المصدر (فروع الكافى) كتاب النكاح باب المدلسة في النكاح حديث ١٤ ص ٤٠٨ .

(٣) التهذيب باب ٣٨ حديث ٨ ص ٤٢٥ .

يرجع الى الغار من هذه الروايات محل نظر ، إذ انها لا تدل على الرجوع على الغار ولو كان جاهلاً بذلك العيب مع ان مفاد تلك القاعدة هي العموم اي عدم الفرقة بين ان يكون الغار جاهلاً بترتب الضرر على الفعل الذي يفعله المغرور اولا ، فتكون مفاد هذه الروايات اخص من تلك القاعدة فلا تكون مدركاً لها ، وحيث انتهى الكلام بنا الى قاعدة الغرور فلا بأس بالتعرض الى هذه القاعدة على نحو الاقتصار استطراداً فنقول :

مدرك هذه القاعدة هو النبوي المشهور بين الفريقين وهو المغرور يرجع الى من غره كما يظهر ذلك من صاحب الجواهر حيث ذكرقدس سره في كتاب الغصب (بل لعل قوله المغرور الى من غره) ، وقد ذكر الفقهاء فى كتبهم هذه القاعدة ارسال المسلمات على انه يمكن دعوى بناء العقلاء على ذلك فان بناءهم فى معاملاتهم وسائر اعمالهم إذا تضرروا بواسطة تغرير الغير لهم يرجعون في تضرره الى من غرهم ويأخذون منه ما تضرروا به بنحو يكون ذلك سببا لوقوع المغرور فيه من دون استنكار من سائر العقلاء ، ويكفي في مقام الامضاء لهذا البناء عدم الردع من الشارع إذ رجوع المغرور الى الغار بمقدار الضرر الذي اوقعه الغار فيه مما لا خلاف بين الفقهاء . نعم وقع الخلاف فيما اذا كان الغار جاهلاً كما لو اصدق المرأة بمهر كثير بناء منه على انها جميلة ولها ثروة كثيرة مع انها ليست كذلك فأغتر المغرور بمدحه لها فبذل المهر الكثير للطمع في مالها وجمالها فظهرانها ليست كذلك فهل يكون هذا المورد يصدق عليه الغار الذي اوقعه في هذه الخسارة ام لا ؟ الا ان هذا الخلاف لايوجب تشكيكا فى اصل الكبرى فان القاعدة المذكورة مما اجمع عليها إلا ان التطبيق على بعض الموارد محل اشكال ، وعليه

تكون قاعدة الغرور قاعدة مستقلة مستفادة من بناء العقلاء وتسالم الأصحاب عليها. ودعوى انها ليست قاعدة مستقلة وانما هي فرع قاعدة الاتلاف بمعنى ان الغار اتلف ذلك المقدار الذي خسر المغرور وضرره من جهة كونه سبباً لوقوع المغرور في هذه الخسارة فيكون من باب ان السبب اقوى من المباشر، إذ المباشر جاهل قد خدع وغرر فهو بمنزلة آلة لتلف ذلك المقدار فتكون هذه القاعدة من صغريات قاعدة التلف فالدليل الدال على تلك القاعدة دليل على هذه القاعدة ممنوعة، لعدم كون الغار سبباً لكي يقال ان السبب اقوى من المباشر فان ذلك انما يكون لوكان تغريره علة تامة لوقوع المغرور في هذا الضرر اويكون كالجزء الاخير من العلة التامة مع ان الضار ليس من ذاك القبيل لعدم كون الضار علة ولا جزء علة وانما ارادة نفس المغرور هو الموجب للوقوع في تغرير الضار وانما الضار يعد معداً للوقوع كغيره من المعدات فلا معنى لجعله سبباً لكي يقال أن السبب اقوى من المباشر على أن كون السبب اقوى من المباشر هو فيما لا يكون بين الفعل والسبب توسط ارادة واختيار وإلا فالفعل مستند الى الفاعل المختار، وبذلك قلنا الثواب والعقاب على الفعل لا على الذي غرره واغواه. وبالجملة قاعدة الغرور قاعدة مسلمة وغير داخلة تحت قاعدة التلف وقد عمل بهـا الفقهاء في اغلب ابواب الفقه خصوصاً في ابواب المعاملات والمعاوضات كمسألة بيع الفضولي فان المشتري إذا لم يعلم ان ما اشتراه مال لغير بايعه ثم تبين له أنه مال الغير فالمالك الاصيل أخذ العين من يده وغرمه ايضاً بأخذ اجرة سكنى الدار سنيناً متعددة وقد يتفق في بعض الصور ذهاب العين مع الثمن الذي بذله للبايع الفضولي لهذه الدار مثلاً فللمشتري الرجوع الى البايع الفضولي الذي غره بمقدار خسارته

في هذه المعاملة إذا لم يكن للمشتري مقابل هذه الخسارة ومنها رجوع المحكوم عليه الى شاهد الزور بالخسارة التي وردت عليه من جهة تغريره للحاكم على الحكم ، فلو رجع عن شهادته وكذب نفسه يرجع اليه المحكوم عليه بما خسر ان لم يكن المال المأخوذ منه قائماً بعينه ، ومنها لو قدم الغاصب مال المالك الاصلي اليه لكن بعنوان انه مال الغاصب لا بعنوان انه مال المالك الاصلي بان يكون الغاصب خدع المالك الاصلي واطعمه مال نفسه ولكن بعنوان انه ضيف مع فرض ان المالك الاصلي جاهلاً بانه هذا الذي يأكله مال نفسه فللمالك الرجوع الى الغاصب مع انه اكل مال نفسه ، ومن هنا قلنا بالفرق بين هذا الفرع وبين ما يأخذ المالك من الغاصب مباشرة مال نفسه من دون علمه بانه له واكله فانه لا يكون من باب التغرير ولو اشتركت المسألتان من ان المالك الاصلي أكل مال نفسه لانطباق قاعدة الغرور في الأولى دون الثانية واما لو لم يعلم المشتري بما قدمه البايع من الطعام فاكله فليس ذلك من باب التغرير لعدم انطباق قاعدة التغرير .

ثم انه ربما قيل بان منها لو زوجت الأم ابنها الكامل وادعت الوكالة عنه وانكر غرمت للزوجة المهر بكامله لتغريرها بدعوى الوكالة ودعوى انها تغرم نصف المهر لكون الفرقة قبل الدخول محل منع إذ التنصيف في الطلاق لا مطلقاً مضافاً الى رواية محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) انه سئل عن رجل زوجته امه وهو غائب قال النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامه (١) بل قيل انها تغرم الام المهر وان لم تدعي الوكالة بظاهر هذه الرواية ، والظاهر ان البضع انما يضمن بالاستيفاء على بعض الوجوه والعقد لم يثبت التزويج فعليه لا ضمان بدعوى التوكيل مطلقاً

(١) التهذيب كتاب النكاح باب ٣٢ عقد المرأة على نفسها النكاح حديث ٤٥ ج ٧ الطبعة الحديثة .

اي لا نصف المهر ولا تمامه نعم يغرم الوكيل او ضمن ذلك وعليه تحمل الرواية فان حملها على ذلك اولى من حملها على ما لم تدعي الوكالة وحيث لم يحصل في مفروض المسألة استيفاء البضع فلا تدخل تحت قاعدة الغرور لعدم تحقق موضوع الزواج ، كما ان الوكيل لا يضمن الا مع الضمان ، فالموجب ضمانه هو التزامه بالضمان كما هو قضية حمل الرواية ، فلذا لا مانع من تعدي الحكم اي عدم ثبوت شيء على الوكيل إلا مع الضمان الى غير الام . ثم لا يخفى ان الام لما لم يكن لها ولاية يكون العقد الصادر منها مع عدم ثبوت توكيلها حال غيرها من كون العقد الصادر منها فضولياً ، والمراد بالفضولي هو العقد الصادر من غير الولي والوكيل سواء كان قريباً كالأخ والعم والخال وغيرهم او اجنبياً او الصادر من العبد او الامة لنفسه بغير اذن الولي او الصادر من الولي او الوكيل على غير الوجه المأذون فيه من الله او من الموكل وصحة العقد الفضولي تتوقف على تحقق الاجازة على المشهور شهرة عظيمة بين القدماء والمتأخرين ومن انكر الفضولي في غير النكاح اثبته فيه بل في الناصريات الاجماع عليه قال سألت ابا عبدالله (ع) عن الأمة تتزوج بغير اذن اهلها قال : يحرم ذلك عليها وهو الزنا (١) ، وعن فضل بن عبدالملك قال سألت ابا عبدالله (ع) عن الأمة تتزوج بغير اذن مواليها قال (ع) يحرم ذلك عليها وهو الزنا (٢) ، لظهور السؤال فى هذين الخبرين فى صحة العقد بدون الأذن والاجازة فلا تشمل صورة وقوع الاجازة والظاهر انه لا يعتبر في الاجازة الفورية ، برواية محمد بن قيس الواردة في البيع عن ابي جعفر محمد الباقر (ع) قال قضى

(١) و (٢) فروع الكافي كتاب النكاح (باب المملوك تتزوج بغير اذن مواليها) ح ٢١ ـ ٢٢ ص ٤٧٩ الطبعة الحديثة .

اميرالمؤمنين (ع) في وليدة باعها ابن سيدها وابوه غائب فاستولدها الذي اشتراها منه فولدت منه غلاما فجاء سيدها الاول فخاصم سيدها الآخر فقال وليدة باعها ابني بغير اذني فقال عليه السلام الحكم ان يأخذ وليدته وابنها فناشده الذي اشتراها فقال له خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ لك البيع فلما أخــذه قال له ابوه ارسل ابني قال لا والله لا ارسل اليك ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه (١) فان هـذه الرواية وان كانت في خصوص البيـع الا انه نعلم بعدم خصوصيته فيتعدى منه الى المقام لعدم القول بالفصل ، هذا إذا لم يتضرر من تأخير الاجازة واما لو حصل الضرر من تأخيرالاجازة على الطرف الآخر فيمكن دعوى رفعه بقاعــدة نفي الضرر لتشريع الفسخ فيه بناءاً على صلاحية القاعدة المذكورة بذلك وسياتي بيان قاعدة لا ضرر ان شاء الله تعالى .

السابعة : في تزويج الصغيرين فان زوجهما الأب او الجد للأب فالتزويج ماض وليس لكل واحد منهما الخيار بالفسخ عند بلوغهما فلو مات احدهما يرثه الآخر لكون التزويج صدر من الولي الشرعي الاجباري فيترتب عليه جميع الآثار الشرعية ، واما لو زوجهما غير الاب والجد للأب فهو من الفضولي وعند البلوغ لكل منهما الاجازة . فبناء على كون الاجازة كاشفة يصح العقد من حينه وتترتب عليه الآثار من حين وجوده فلو مات احدهما بعد اجازته قبل بلوغ الآخر عزل من تركته نصيب الآخر كما يعزل للحمل فان بلغ واجاز حلف انه لم يجز لرغبة في الميراث ولو مات الذي لم يجز قبل البلوغ او بعده قبل الاجازة بطل العقد

(١) التهذيب كتاب التجارات باب ٦ ابتياع الحيوان ح ٣٢ ص ٧٥ ج ٧ الطبعة الحديثة وفي الفقيه باب ٦٩ في البيوع ح ٥٦ ج ٣ .

لعدم تحققه فلا ميراث ولا مهر ولا غيرهما مما يترتب على الزوجية .

ولا يخفى ان هذه الاحكام لا تترتب على مقتضى القاعدة إذ الكشف في العقود خلاف المختار ، ولو صححناه فلا حاجة الى اليمين وكيف تصح الاجازة مع موت الآخر . وهل هو إلا كموت الموجب قبل قبول القابل ، فالعمدة فى المقام الاخبار المستفيضة كرواية الحسن ابن محبوب عن علي بن رئاب عن ابي عبيدة قال : سألت أباجعفر(ع) عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين قال فقال : (النكاح جائز ايهما ادرك كان له الخيار ، فان ماتا قبل ان يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر إلا ان يكونا قد ادركا ورضيا) قلت فان ادرك احدهما قبل الآخر قال (يجوز ذلك عليه ان هو رضي) قلت فان كان الرجل الذي ادرك قبل الجارية ورضي بالنكاح ثم مات قبل ان تدرك الجارية أترثه ؟ قال : (نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها الى اخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع اليها الميراث ونصف المهر) قلت : فان ماتت الجارية ولم تكن أدركت أيرثها الزوج المدرك ؟ قال : (لا لان لها الخيار اذا ادركت) قلت : « فان كان ابوها هو الذي زوجها قبل ان تدرك » . قال : « يجوز عليها تزويج الاب ويجوز على الغلام والمهر على الاب للجارية » (١) بعد حمل الوليين فى صدر الخبر على الوليين العرفيين كالاخ والعم ، ويظهر ذلك من ذيل الخبر . نعم وقع الاشكال ما لو عقد احد الوليين مع الطرف الآخر الفضولي ومات من عقد له الولي اولا قبل بلوغ الآخر فهل يكون مثل الصغيرين الذين عقد لهما الفضوليان بالنسبة الى ارث الآخر مع اجازة

(١) الوسائل كتاب الميراث باب ٨ حكم ميراث الصغيرين اذا زوجهما وليان او غيرهما .

الآخر ويمينه ام لا ؟وجهان من أن المسألة على خلاف القاعدة فيقتصر فيها على مورد النص . ومن الاولوية القطعية الموجبة لاثبات الحكم فيما لو كان احد الزوجين عقد له الولي الشرعي الاجباري فانه اولى من عقد الفضوليين كما هو كذلك بالنسبة الى ما لو كانا بالغين واوقع احدهما العقد لنفسه والآخر اوقعه فضولاً أو كان احدهما بالغاً والآخر الولي عقد للصغير . والانصاف ان الحكم في امثال هذه المسائل الخارجة عن مورد النص ان استفيد منها المناط والملاك الموجب للقطع فيحكم به وإلا فهو من القياس الممنوع شرعاً قال الشيخ (قدس سره) فى الجواهر فى النكاح ما حاصله اذ الجميع كما ترى غير خارج عن القياس الممنوع ما لم يصل الى حد القطع باولوية الحكم او مساواته .

هذا بالنسبة الى ولاية الأب والجد ، واما الوصي من قبلهما فقد تقدم الكلام فيه على التفصيل .

الامر الثاني ولاية الحاكم الشرعي اي الفقيه الجامع للشرائط والظاهر انه ليس له الولاية الثابتة للنبي (ص) والأئمة (ع) من انهم اولى بالمؤمنين من انفسهم وهذه هي المرتبة العليا الولاية غير القابلة لاعطائها للغير ولا يمكن للغير التقمص بها إذ هي من مختصاتهم اختصهم الله تعالى بذلك وما عدى هذه مرتبتان يقبلان للتفويض والجعل احدهما يرجع الى الامور التي ينتظم بها البلاد وامور العباد كسد الثغور والجهاد مع الاعداء واقامة الحدود وحفظ البلاد وامثال ذلك مما هو وظيفة الامراء والولاة . وثانيهما ما يرجع الى القضاء والأفتاء وكان في السابق يعين لكل مرتبة شخص فيبعث الى البلاد الاسلامية وربمايوجد شخص فيه الكفاءة فيبعث ليقوم بالمرتبتين فيكون بيده الحل والعقد لكون امر البلاد وامور العباد بيده . إذا عرفت ذلك فاعلم انالاخبار

الواردة بالنسبة الى الفقيه الجامع للشرائط هل يستفاد منها ثبوت الولاية بالمرتبة الاولى والثانية فينزل منزلة الشخص الذي يقوم بالوظيفتين ام خصوص المرتبة الثانية ام لا يستفاد من ذلك وانما هو وظيفته بيان الافتاء فقط، لا يبعد القول بثبوت الولاية بالمرتبة الثانية لما يستفاد من التوقيع الوارد، واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتي وانا حجة الله عليهم (١)، وقوله مجاري الامور بيدالعلماء(٢) وفي مقبولة ابن حنظلة قد جعلته عليكم حاكما (٣).

وفى مشهورة ابي خديجة. جعلته عليكم قاضيا (٤) الى غير ذلك من الاخبار الواردة في فضل العلماء، مثل العلماء ورثة الأنبياء (٥)، او علماء امتي كانبياء بني اسرائيل او كمنزلة الأنبياء في بني اسرائيل(٦) واما استفادة المرتبة الأولى من هذه الروايات محل اشكال بل ربما منع

---

(١) الوسائل كتاب القضاء باب وجوب الرجوع فى القضاء والفتوى الى رواة الاحاديث وفي مكاسب الشيخ الانصاري فى ولاية الفقيه.

(٢) عن كتاب تحف العقول وفى مكاسب الشيخ الانصاري في ولاية الفقيه.

(٣) و (٤) التهذيب باب ٨٧ من اليه الحكم حديث ٦ ص ٢١٨ ج ٦ وفى فروع الكافي باب كراهة الارتفاع الى قضاة الجور حديث٤و٥ ج ٧ ص ٤١٢.

(٥) الوسائل كتاب القضاء باب وجوب العمل باحاديث النبي(ص) والأئمة (ع) فى الكتب الاربعة.

(٦) المكاسب في ولاية الفقيه ما نصه وفي المرسلة المروية في الفقه الرضوي ان منزلة الفقيه في هـذا الوقت كمنزلة الانبياء في بني اسرائيل.

استفادة المرتبة الثانية منها بمنع دلالة التوقيع .

فان المراد بالعلماء هم الأئمة لقوله فيه العلماء بالله . ومثل الأنبياء في تبليغ الأحكام وكل تلك الروايات تدل على حجية فتوى الفقيه وانه يجب اتباعه فليست بصدد اثبات ولايته ، واما القضاء وفصل الخصومات وحبس الغريم وامثال ذلك فثبوته للفقيه الجامع للشرائط من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، بل ربما يقال بعدم اختصاصه بالفقيه لكونه من المعروف ومحبوب اقامته وايجاده فلو لم يكن فقيه يقوم به عدول المسلمين (١) هذا والانصاف ان الناظر فى اخبار

(١) ويؤيد ذلك ما ورد عن الامام الصادق (ع) في رواية ثلاث وفي رواية خمس الجمعة والقضاء بين الناس والانفال والحدود والفيء هن لنا . هذا لو جمدنا على ظاهر لفظ الرواية وان المراد بها انها حقوق شخصية قائمة بشخص الامام (ع) لكن لنا ان نقول ان قوله عليه السلام (لنا) ، لم يقصد به الخصوصية الشخصية ، بل يريد به وقوع هذه الأمور منسوبة اليهم بصورة عامة ، اعم من ان تكون بالمباشرة أو بالتسبيب فوقوع هذه الامور بالنصب والجعل منهم ولو بالنصب والجعل العام ايضاً مما يصدق عليه انه لهم كما تصرح به النصوص الخاصة المذكورة مضافاً الى ما يشعر به ذيل رواية المقبولة (الراد عليه راد علينا والراد علينا راد على الله وهو في حكم الكفر بالله) فانه يشعر بمقتضى عموم هذا التنزيل عموم الحكم بوجوب كل اطاعة ، فاذا وجبت الاطاعة العامة حصلت له الولاية بالتصرف العام لان منعه عن بعض تحديد في ذاك التصرف ، وهذا يكفي فى اثبات المقصود ولعله يشير بذلك الى الآية الكريمة قوله تعالى : (ويتبع غير سبيل المؤمنين) (١٠) إذ لاشك=

(١٠) سورة النساء آية ١١٥ .

. . . .

- انه لا يمكن ارادة المؤمنين بصورة عامة وانما يراد الفرد الكامل من المؤمنين ، فاتباع سبيلهم واجب والمروق عن سبيلهم يستوجب العقاب والنار بمقتضى ما عقبه سبحانه وتعالى من قوله : (نوله مـــا تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا) فالخروج عن اي امر وتصرف لـه هو خروج عن سبيل المؤمنين مستوجب لهذا العقاب ، فسبيلهم واجب الاتباع بصورة عامة مضافا الى ما قد يقال ان الولاية العامة لهم هو مقتضى الدليل العقلي ان ضرورة الدين قائمة على ذلك بتقريب ان للدين احكاماً لا يمكن للفرد القيام بها شخصيا كالحدود والتعزيرات وجباية الزكاة والخمس والخراج وانما ذلك موكول الى حكومة اسلامية تتولى ذلك ، ففي زمـان الرسول (ص) كان هو المتولي لذلك وبعـده الائمة سلام الله عليهم ولم يشك في ذلك احد من المسلمين ولم يختلفوا في ان وظيفة الحاكم الاسلامي هو ذلك وان اختلفوا في شخصه واسلوب تعيينه فاذا تم ذلك فانه يدور الامر في زمن الغيبة بين امرين احدهما تعطيل الاحكام والحدود ونسيانها فيسود الحرج والمرج ، هذا مضافا الى انه خلاف الضرورة السـابقة هو خلاف اطلاق الادلة الشاملة لعصرالغيبة بلا اشكال والقطع بعدم ارتفاعها ولا اختصاصها بالمائة والمأتين الاولى من سنوات صدر الاسلام ، ثانيهما وهو المتعين بعد انتفاء الشق الاول وهو كون الاحكام شاملة لعصر الغيبة ويكون تطبيقها بيد الفقيه العادل وعليه تثبت الولاية العامة للفقيه العادل بالنحو الذي كان للامام من حيث المرتبة الاولى التي هي مفاد قوله (ع) جعلته حاكما وهـذه هي الولاية العامة الثابتة للفقيه الجامع للشرائط عندنا على تقدير القول بها.

واما عند اخواننا من اهل السنة والجماعة فاقوى متمسك لهم-

. . . .

= لثبوت الولاية العامة قوله تعالى :

(اطيعوالله والرسول واولى الامر) (١٥) بتقريب انها تدل على وجوب اطاعة اولى الامر على حد اطاعة الله والرسول ولا شك ان اطاعة الله والرسول عامة في كل شيء . فاطاعة اولى الامر تكون عامة على هذا الحد ، ويضاف الى ذلك ما يروى عنهم من ولى امركم فاطيعوه . ولو كان عبداً حبشيا ، فيثبت من ذلك الاطاعة العامة لانه ولي الامر وان لم يكن مستحقاً لتلك الولاية كما روي ان ابا حنيفة طبق ذلك عملياً حيث شكى القاضي ابن ابي ليلى الى امير الكوفة قائلاً له هاهنا فتى يخطئني في احكامي ، فمنعه الامير من الفتيا فسألته يوماً من الايام ابنته وقد خرج من بين اسنانها دم فى نهار شهر رمضان ، هل افطرت ام لم تفطر ؟ فقال لها سلي اخاك حماداً فان الامير منعني من الفتيا وقد عد هذه القصة متر جموه فضيلة من فضائله لانه متمسك باطاعة اولي الأمر ، ولكن لا يخفى ما فيه فان الآية إنما تدل على وجوب الاطاعة التي تكون على حد اطاعة الله والرسول ولا شك ان اطاعة الله والرسول انما هي فعل المصالح وترك المفاسد ، فلابد ان تكون اطاعة اولي الأمر على هذه الصفة الخاصة ، فهي محدودة إذن بحدود الولاة الصالحين ، الذين يأمرون بفعل المصلحة وترك المفسدة ، فليس فيها عموم لولي الأمر اياً كان . فلا عموم في الآية فلذا لا تدل على المطلوب .

واما الحديث من ولي امركم فأطيعوه ولو كان عبداً حبشياً فلا شك انه موهون سنداً ودلالة ، اما سنداً فانه لم يثبت حتى عنداخواننا=

---

(١٥) سورة النساء آية ٩٥ .

الباب والتوقيع والمقبولة والمشهورة يجد انها مختلفة المضامين فبالنسبة الى ما عدا المقبولة يستفاد جعل الولاية للحاكم الشرعي بالنسبة الى المرتبة الثانية دون الاولى ولا يستفاد منها غير جعل الولاية في القضاء والافتاء التي هي المرتبة الثانية ، واما المقبولة فيمكن ان يستفاد منها المرتبة الاولى والثانية لقوله جعلته حاكما فتكون ناظرة الى تنزيل الفقيه الجامع للشرائط منزلة من يبعث الى البلاد الاسلامية ليقوم بوظيفة كونه اميراً وقاضياً ، بخلاف ما يستفاد من المشهورة التي فيها جعلته قاضياً ، الناظرة الى خصوص المرتبة الثانية ولاجل ذلك قيل بوقوع المعارضة بين المقبولة والمشهورة وان كانتا مثبتتين الا ان الجعل بالنسبة الى المرتبة الأولى والثانية المستفاد من المقبولة ينافي الجعل في خصوص المرتبة الثانية المستفادة من المشهورة ، فان الجعل فيها لا موقع له بعد الجعل في المقبولة . كما ان الجعل في المشهورة ينافي الجعل في المقبولة ، ولكن لا يخفى ان المقبولة وان كان فيها لفظ الحاكم وله اشعار بارادة المرتبتين الا انه لم يبلغ بنحو الدلالة على المرتبة العليا ففي الولاية التي منها ما يرجع اليه امر البلاد مثل سد الثغور وامثال ذلك بل المراد منه القضاء اي جعلته يفصل الخصومات وحكمه يكون نافذاً

= بالطرق الصحيحة ، واما دلالة فلا شك ان صح فهو محمول على الولي الصالح على حد ما قررناه في الآية الكريمة ، وإلا وقع التنافي بينه وبين الآية الكريمة ، ومن المتفق عليه عند الجميع أن كل حديث يخالف كتاب الله فهو باطل ، او يضرب به عرض الجدار . مضافا الى انه يقع التنافي بين اطاعة الرسول واطاعة اولى الأمر لو لم تكن على غرار اطاعة الرسول .

وبذلك يرتفع التعارض بين المقبولة والمشهورة (١) . والذي ارى استفادة المرتبة الثانية من اخبار الباب ليس ببعيد . واما استفادة المرتبة الأولى في غاية البعد ، وعليه ما يكون من توابع المرتبة الثانية يترتب مثل اخذ المدعى به من المحكوم عليه وحبس الغريم المماطل والتصرف فى بعض الامور الحسبية كحفظ مال الغائب ومال الصغير ونصب القيم وامثال ذلك مما هو وظيفة القاضي المنصوب للقضاء ولفصل الخصومات وما يرجع اليه عامة الناس في ذلك وامثال ذلك . ولا يترتب عليه ما يترتب على المرتبة الاولى كسد الثغور والجهاد والدفاع . نعم وقع الاشكال بالنسبة الى بعض الفروع المشكوكة انها من وظائف الوالي او القاضي كاقامة الحدود واخذ الزكاة واقامة الجمعة لكن الظاهر ان نفس الشك يكفى في عدم ولاية الحاكم لها . وكيف كان فيعتبر في تصرف الحاكم الشرعي او المنصوب من قبله ان يكون عن مصلحة ولا يكفي خلوها عن المفسدة ويستفاد ذلك من الاخبار مضافاً الى .اصالة عدم سلطنة احد على احد إلا ما قام الدليل عليه بالخصوص ، ومع الشك في سعته وضيقه يؤخذ بالقدر المتيقن وهو ان تكون تصرفاته عن مصلحة مضافاً الى قوله تعالى : (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن)(٢) بناءً على كون النهي للارشاد الى بطلان القرب ، والقرب مطلق التصرف الاعتباري كالبيع وسائر التقلبات ، والاحسن هو ما يكون فيه مصلحة من غير فرق بين تصرف الوصي القيم وبين الحاكم الشرعي ، بل يستفاد

(١) التهذيب باب ٩٢ من الزيادات فى القضايا والاحكام حديث المقبولة ٥٢ والمشهورة ٥٣ ج ٦ ص ٣٠٢ وفي مكاسب الشيخ الانصاري في ولاية الفقيه .

(٢) سورة الانعام آية ١٥٢ .

من الآية الشريفة انه لو لم يكن في التصرف مصلحة بل كان في ابقائه مصلحة يلزم ابقاؤه .

ثم لا يخفى ان الحاكم الشرعي بعد الفراغ ان له ولاية على ما ولي عليه فيتصدى اما بنفسه او يوكل من قبله فان فعل الوكيل فعل الموكل ، كما انه يستفاد من اعطاء تلك الولاية له ان يعطى التولية الى شخص فيتصدى من اعطيت له تلك التولية للامور الذي يرجع للحاكم الشرعي المسماة بالقيمومة بالنسبة الى الامور الحسبية ، كما ان له ان يفوض الامر الى شخص فيتصدى للامور التي يرجع امرها الى الحاكم الشرعي من قيام البينة وامثال ذلك من مقدمات الحكم ، واما بالنسبة الى الحكم فالظاهر انه ليس له تفويض الامر الى الشخص لان الظاهر من قوله (ع) جعلته حاكماً في المقبولة عدم الصحة ، لان الجعل قائم بنفس الحاكم الشرعي كما هو الظاهر من الباء في قوله اذا حكم بحكمنا هي كونها صلة لاسببية ولذاعقبه سلام الله عليه بقوله الراد عليه رادعلينا والرادعلينا راد على الله ، كما ان الظاهر من قوله من عرف حلالنا وحرامنا ونظر في احكامنا هو اعتبار اجتهاد المطلق بالنسبة الى الحاكم الشرعي فلا يصح الحكم من المتجزىء ، وقد ذكرنا ذلك في القضاء وحاصله انه يظهر من الآيات مثل قوله تعالى : (حتى يحكموك فيما شجر بينهم) (١) وقوله تعالى : (وان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول) (٢) وقوله تعالى : (انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس) (٣) ومن الاخبار قوله (ع) : « اتقوا الحكومة فان الحكومة للامام العالم

(١) سورة النساء آية ٦٥ .

(٢) سورة النساء آية ٥٩ .

(٣) سورة النساء آية ١٠٥ .

بالقضاء العادل في المسلمين لنبي او وصي نبي » (١) ، وقول امير المؤمنين عليه السلام لشريح « يا شريح قد جلست مجلساً لا يجلسه الا نبي او وصي نبي او شقي » (٢) الى غير ذلك من الاخبار هو ان منصب القضاء يختص بالنبي (ص) والأئمة (ع) فيتوقف جوازه من غيرهم على الاذن منهم ، وقد دلت الأخبار على اعطاء الرخصة للعلماء وانهم بمنزلة انبياء بني اسرائيل وورثتهم وحينئذ ينظر مقدار الرخصة والظاهر انها مختصة بالقادر على استنباط الاحكام كمقبولة عمر بن حنظلة : انظروا الى رجل منكم قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف احكامنا فارضوا به حكماً والتوقيع واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتي عليكم وانا حجة الله عليهم ، ورواية تحف العقول مجاري الامور والاحكام على ايدي العلماء بالله الامناء على حلاله وحرامه الى غير ذلك من الاخبار الدالة على اعتبار الاجتهاد في القاضي وانها مطلقة بالنسبة الى تجزى الاجتهاد ، بل يظهر من خبر ابي خديجة انظروا الى رجل يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فاني قد جعلته قاضياً هو عدم اعتبار الاجتهاد المطلق وان كان ينافي خبره الأخر اجعلوا بينكم رجلا ممن عرف حلالنا وحرامنا فاني قد جعلته قاضياً ، فان الظاهر من اضافة الحلال والحرام هو اعتبار القدرة على استنباط غالب الاحكام الذي هو الاجتهاد المطلق . وبالجملة روايات الباب مطلقة وتخصص بمثل الرواية الثانية لابي خديجة ومقبولة ابن حنظلة المعبر فيها اعتبار النظر في جميع الاحكام وذلك مقتضى اضافة الاحكام الى لفظة « نا »

---

(١) و (٢) الكافي كتاب القضاء باب ان الحكومة انما هي للامام عليه السلام حديث ١ ج ٧ وفى الفقيه كتاب القضاء باب ٣ اتقاء الحكومة .

وهو جمع يفيد الاستغراق ، فيفهم من ذلك الاجتهاد المطلق ، وبذلك يرفع اليد عن ظهور الخبر الأول لابي خديجة الظاهر في كفاية التجزي للقاضي . والانصاف ان المعتبر هو معرفة جملة من المسائل المعتد بها بنحو يصدق عليه انه عالم بها بعد الفراغ عن عدم صدقه على من عنده قليل من المسائل فانه لو قلنا باجتهاده بالنسبة الى ما يعرفه بناءً على ما هو الحق من تجزي الاجتهاد بتقريب ان للملكة مراتباً ففي بعض مراتبها يتمكن من استنباط بعض المسائل دون البعض نظير ملكة فهم بعض العبارات دون بعضها ، قال بعض مشايخنا (قدس سره) في درسه انه لابد من الالتزام بذلك وإلا لزم الطفرة المستحيلة . وكيف كان بملاحظة مقبولة ابن حنظلة يرفع اليد عن اطلاق الروايات كما انه يستفاد منها اعتبار النظر وانه يحكم بحكم هو حكمهم لما عرفت من كون الباء صلة لا سببية وعليه يشكل اعتبار الاحكام الناشئة من الظنون الانسدادية بناءً على الحكومة ، وبعد فراغ كون القضاء من وظائف الحاكم الشرعي فهل له تفويض الأمر الى المقلد ام لا ؟ الظاهر انه ليس له لأن ذلك يتوقف على ثبوت الولاية المطلقة للحاكم الشرعي وهو الفقيه الجامع للشرائط وان له اعطاء السلطة لغيره ، وثبوت ذلك ممنوع للشك فى كون ذلك من الامور الحسبية التي تكون مطلوبة ومرغوبة للشارع ايجادها ، نعم لا مانع من التوكيل في المقدمات . واما التوكيل في الانشاء فمحل اشكال ونظر .

الأمر الثالث ولاية عدول المسلمين . لا يخفى انه لو لم تصل اليد الى الحاكم الشرعي فهل يقوم عدول المسلمين مقامه ام يكفى كونهم ثقة ؟ قولان ، استدل للثاني بموثقة سماعة في رجل مات - وله بنون وبنات صغار وكبار - من غير وصية وله خدم ومماليك كيف يصنع

الورثة بقسمة ذلك ، قال : (ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس)(١) فانها تدل على اعتبار الثقة ، وعلى ذلك يحمل صحيحة محمد بن اسماعيل رجل مات من اصحابنا بغير وصية فرفع امره الى قاضي الكوفة فصير عبدالحميد القيم بماله وكان الرجل خلّف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري فباع عبدالحميد المتاع فلما اراد ان يبيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهن إذ لم يكن الميت صير اليه وصيته فكان قيامه فيها بامر القاضي لانهن فروج فما ترى في ذلك ؟ قال : (إذا كان القيم مثلك ومثل عبدالحميد فلا بأس) (٢) فان المراد من قوله مثلك المماثلة بالوثاقة . واما لو اريد من مثلك العدالة او التشيع تكون هذه الرواية معارضة للرواية السابقة ، ومع وجود الاحتمالات الثلاثة لا تصلح للمعارضة وليس في اخبار الباب تصريح بالعـــدالة سوى صحيحة اسماعيل بن سعد قال سألت الرضا (ع) عن رجل يموت بغير وصية وله ولد صغار وكبار أيحل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير ان يتولى القاضي بيع ذلك فان تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستخلفه الخليفة ايطيب الشراء منه ام لا ؟ قال (ع) : « إذا كان الاكابر من ولده فى البيع فلا بأس إذارضي الورثة في البيع وقام عدل فى ذلك (٣) ، وبما ان الوثاقة اعم من العدالة فلذا يؤخذ بخصوص العدالة لصلاحية هذه الرواية لتقييد الموثقة ومن

(١) التهذيب باب الزيادات حديث ٢٢ ج ٩ وفي الكافي كتاب الوصايا باب من مات على غير وصية حديث ٣ ج ٧ وفي الفقيه باب ١٠٩ فيمن لم يوص حديث ١ ج ٤ ص ١٦١ .

(٢) التهذيب باب الزيادات حديث ٢٥ ج ٩ ص ٢٤٠ .

(٣) الكافي الوصايا باب من مات على غير وصية حديث ١ ح ٧ وفى التهذيب باب الزيادات حديث ٢٠ ج ٩ ص ٢٣٩ .

هنا قال المشهور باعتبار العدالة مضافا الى ما عرفت من ان القاعدة عدم سلطنة احد على احد الا إذا قام الدليل وقد فرض قيام الدليل على ولاية شخص وقد شك في سعته وضيقه فلذا يؤخذ بالقدر المتيقن ، والعدالة هي اخص من الوثاقة ولذا اعتبرت العدالة . اللهم إلا ان يقال هذه الرواية غير صالحة لتقييد الاطلاق لما يظهر من اختصاصها بصورة التمكن من الوصول الى الحاكم الشرعي فان قوله قاض قد تراضوا به هو القاضي الشرعي ، وعليه فهذه الرواية تكون اجنبية عن المقام لما ظهر منها انها فى مقام الوصول الى الحاكم الشرعي . واما لو قلنا بان فيها اطلاقاً لذلك فلابد من رفع اليد عن الاطلاق لصورة التمكن من الوصول الى الحاكم الشرعي للاجماع على عدم الرجوع الى غير الحاكم الشرعي في هذه الصورة . واما رواية على بن رياب سألت ابا الحسن الرضا (ع) عن رجل بيني وبينه قرابة مات وترك اولاداً صغاراً وترك مماليك وغلمانا وجواري ولم يوص فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها ام ولد وما ترى في بيعهم ؟ قال فقال (ع) : لابأس بذلك إذا باع عليهم القيم الناظر فيما يصلحهم (١) فلا يخفى انها اجنبية عن المقام لانها في مقام تصرف الوصي الشرعي المنصوب من قبله كما ان استفادة بعض باعتبار الامانة من هذه الرواية وجعل العدالة في بعض الروايات انما هو طريق للامانة لو علم كون التصرف على نحو المصلحة جاز ترتيب الاثر ولو كان صادراً من الفاسق وبذلك جمع بين الاخبار في غير محله فان الظاهر من اعتبار العدالة هو الموضوعية وان الحكم بجواز البيع وسائر التصرفات واقعاً منوط بالعدالة . وكيف

---

(١) الكافي كتاب الوصايا باب من مات على غير وصية حديث ٢ ج ٧ ص ٦٧ وفي التهذيب باب حديث ٢١ ج ٩ ص ٢٣٩ .

كان فالذي ينبغي ان يقال ان الوثاقة هي المعتبرة ، ورواية صحيحة اسماعيل بن سعد حسب ما عرفت انها اجنبية عن المقام فغير صالحة لتقييد موثقة سماعة كما لا يخفى . ثم انه قد ذكروا لثبوت ولاية الفقيه الجامع للشرائط اموراً .

الأول : الصغير فيما ليس له ولي كالأب او الجد للاب او الوصي من قبلهما فللحاكم الشرعي التصدي في حفظ ماله ووفاء ديونه والتصرف في امواله مع المصلحة . فان ولايته ثابتة بضرورة العقل . وقد عرفت من الأدلة المتقدمة بعد فرض كون الفعل مشروعاً وانه من الأمور الحسبية فعليه كل من اراد ان يتصرف في ذلك لابد من مراجعة الحاكم الشرعي إذ كل تصرف يحصل من دون مراجعة الحاكم الشرعي مشكوك النفوذ ، والاصل يقتضي عدم صحته إذ اخذ الرخصة منه هو القدر المتيقن في صحة التصرف للاجماع والسيرة وفيهما الكفاية ، فلا حاجة الى استفادة ذلك من اخبار الباب . نعم وقع الكلام فى تزويج الطفل هل للحاكم الشرعي تزويجه ام لا ؟ مقتضى الأصل الأول هو عدم جواز تزويجه بعد فرض الشك وليس فى تزويج الطفل حاجة لكي يقوم به الحاكم الشرعي ، فحينئذ مشروعيته في نفسه محل اشكال ولذا المشهور على عدم صحة تزويج الصغير من الحاكم الشرعي إذ ليس لأحد تزويج الصغير إلا الأب او الجد للاب حسب ما عرفت مضافاً الى مفهوم خبر ابن مسلم عن أبي جعفر (ع) في الصبي يزوج الصبية يتوارثان ، قال (ع) إذا كان ابواهما اللذان زوجاهما فنعم (١) ومثله رواية عبيدة بن زرارة (٢)

(١) الوسائل كتاب النكاح باب ١٢ ان الصغير ذكراً كان او انثى اذا زوجه الأب او الجد للاب صح العقد .

(٢) الوسائل كتاب النكاح باب ١١ ثبوت الولاية للجد في حياة الاب خاصة

ودعوى ان التزويج مثل التصرف في الأموال الملازمة بينهما ممنوعة ، إذ هو قياس الممنوع شرعاً فقد روي ان السنة اذا قيست محق الدين على انه لا ملازمة بينهما ففي المفلس للحاكم الشرعي له الولاية على امواله دون النكاح اجماعاً ، والمفقود عنها زوجها للحاكم الشرعي الولاية على الطلاق دون المال ، كما ان دعوى ان المستفاد من قوله ان السلطان ولي من لا ولي له هو عموم الولاية حتى في التزويج ممنوعة ، إذ دلالتها محل منع ، فان الولاية انما تثبت بما هو مشروع في الخارج ومعروف يطلب وجوده ، وليس لدليل الولاية صلاحية للتشريع مضافاً الى الرواية المتقدمة فانها تثبت الولاية في الجملة لا على نحو الاطلاق ، على انه لو قلنا بالعموم لشمل جميع التصرفات بتقريب ان حذف المتعلق يفيد العموم فحينئذ بين المعتبرة والمرسل المذكور وهو السلطان ولي من لا ولي له عموم وخصوص من وجه لكون المعتبرة خاصة بالتزويج وتقيد بمفهومها عدم ولاية ما عدى الاب والجد مطلقاً سلطاناً او غيره ، والمرسل مفاده هو ان السلطان له ولاية على النكاح وغيره فحينئذ تقع المعارضة بينهما في مورد الاجتماع ، ولا يخفى ان المعتبرة اقوى من المرسل فتقدم المعتبرة على المرسل .

الثاني في مالو بلغ الصغير غير رشيد بأن كان سفيهاً او بلغ وهو مجنون فللحاكم الولاية عليهما فيما إذا لم يكن لهما اب او جد لأب ومع وجود احدهما فالظاهر انه لا ولاية للحاكم الشرعي لكون ولايتهما موجودة في حال الصغر فتستصحب ، كما ان الظاهر من قوله تعالى : (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم) الآية (١) .

---

(١) سورة النساء آية ٦ .

كون المخاطب الذي كان ولياً في حال الصغر تبقى ولايته عند بلوغه غير رشيد ، واما لو بلغ الصغير عاقلا رشيداً انقطعت ولاية الأب والجد ، فلو طرأ الجنون او السفه فالولاية للحاكم الشرعي فلابد للاب او الجد للاب من مراجعة الحاكم الشرعي لما يعود من مصلحتهما من حفظ امواله والاتجار والاستثمار والتصرف بما يجلب منفعة لمن ولي عليه ، فيتصدى الحاكم الشرعي اما مباشرة او توكيلا واما باعطاء قيمومة لما استفدنا من الدليل ان له الولاية على الصغير والمجنون ولا تعود ولاية الأب والجد لانقطاعهما بالبلوغ رشيداً ، والظاهر انها تنفسخ مع موت الحاكم الشرعي لكونه ولاية الفقهاء كلها في عرض واحد ، ومع استيلاء الحاكم الشرعي على شيء واعمل ولايته ارتفعت ولاية الحاكم الثاني إذ بالاستيلاء تعين للولاية فيخرج الحاكم الثاني موضوعاً إذ هو ولي من لا ولي له او نقول ان الولاية لكل واحد منهما ناقصة مثل ولاية الاب والجد فمع تقدم احدهما يكون نافذاً . وكيف كان فقد وقع الكلام في الفرض المذكور وهو مالو اعطى الحاكم الشرعي تولية لشخص تسمى بالقيمومة ثم توفي الحاكم الشرعي هل ينعزل هذا الشخص الذي اعطي له القيمومة ويحتاج الى تولية جديدة من الحاكم الشرعي الثاني ام لا ينعزل ؟ وجهان قيل انه ينعزل إذ ولايته من شؤون من اعطى الولاية وهي منتفية بموته فيحتاج الى مراجعة الحاكم الشرعي الموجود في تجديد التولية ، وقد نظر بعض بما لو نصب الأب قيماً على اولاده الصغار مع وجود الجد فانه لا يصح نصبه لوجود الجد الثابتة ولايته مع الأب ، ولكن لا يخفى انه قياس مع الفارق فانه بناء على ان للحاكم الشرعي اعطاء سلطنة لشخص تستمر الى مابعد الموت فبعده ليس للحاكم الموجود ولاية اذ هو ولي من لا ولي له اللهم إلا ان يقال بان

التولية التي هي اعطاء السلطة على من ولي عليه بالنسبة الى القاصر المسماة بالقيمومة وبالنسبة الى الأوقاف ونحوها المسماة بالتولية هي بمعنى التوكيل ولا اشكال انه ينعزل الوكيل بموت الموكل والانصاف ان التولية غير الوكالة والتولية تحتاج الى نصب وجعل ولذا ان الأصحاب بالنسبة الى التولية الراجعة الى الحاكم الشرعي قالوا له ان يوكل غيره عنه او ينصب شخصاً متولياً وله عزل الوكيل وليس له عزل المنصوب من قبله ما دام باقياً على الأهلية ولكن ذلك لا ينافي بطلان التولية بالموت حيث انا بعد ان استفدنا من قوله (ع) : جعلته قاضياً ، وقوله (ع) : جعلته حاكماً وقوله حجتي عليكم ان الشارع المقدس جعل للعلماء سلطنة على الطفل من القيام بشؤونه وحفظ امواله واستفدنا ايضاً من ادلة الجعل ان لهم اعطاء هذه السلطنة لشخص يقوم بحفظ شؤون الطفل يسمى ذلك بالقيم ، ومن الواضح ان الحاكم الشرعي له هذه السلطنة في حياته ومع موته تزول تلك السلطنة المجعولة له من الامام فكيف يجعل الحاكم الشرعي للقيم هذه الولاية مستمرة الى مابعد موته مع ان سلطنة القيم من شؤون سلطنة الحاكم الشرعي فبعد موته ترتفع فيرتفع ما يكون من شؤونها ، والدليل انما دل على ان للحاكم الشرعي اعطاء هذه السلطنة للغير وليس ناظراً الى انها تبقى الى مابعد الموت ، ودعوى ان الحاكم الشرعي يجعل الولاية للشخص عن الامام فتكون من شؤون ولاية الامام فحينئذ لا ينعزل المتولي بموت الحاكم الذي اعطاه هذه الولاية ممنوعة ، فان الأدلة الدالة ان للحاكم اعطاء السلطنة للغير لا يستفاد منها ان يعطيها نيابة عن الامام ، والمستفاد منها ان السلطنة المعطاة من الحاكم الشرعي من شؤون سلطنته وتزول ولاية الحاكم الشرعي بموته فينعزل المنصوب من قبله ، ودعوى انه لا ينعزل

المنصوب من قبله نظراً الى ان هذا المنصب الشريف انما هو من الامام الصادق (ع) (لكل من عرف حلالنا وحرامنا) ، ولم يرتفع هذا المنصب بموت الامام الصادق (ع) وبقي مستمراً الى ما بعد موته في زمان الامام الآخر ، ولم يعهد من احد من الرواة تجديد ذلك المنصب من الامام القائم بعده ممنوعة ، بانه قياس مع الفارق فان نواب الائمة المجعول لهم الولاية لا ينعزلون بموت الامام لكون الامام ولايته لا تنقطع بالموت ، فانهم سلام الله عليهم اولياؤنا احياءً وامواتاً الا ان يستفاد من القرائن بان تولية النائب مقيدة بحياة الامام ، فحينئذ ينعزل بالموت بخلاف نواب حكام الشرع فان سلطنتهم من شؤون ولاية الحكام وهي تزول بموتهم ، ولو سلمنا ذلك (فنقول) : ان هذا المنصب المجعول من الصادق (ع) فقد تأكد وتجدد في زمان الحجة عجل الله فرجه فقد نصب العلماء وجعلهم حجة وقال: هم حجتي عليكم وانا حجة الله،وبالجملة من نفس جعل الولاية للحاكم الشرعي يفهم ان لهم سلطنة على القاصر ، ومن شؤون سلطنته نصب القيم على القاصر ، وحسب ما عرفت ان ولاية الحاكم مجعولة له ما دام حياً فمع موته ترتفع تلك الولاية فترتفع ما يكون من شؤونها ، ويكفي في عدم تحقيقها واستمرارها الشك في مقدار ما للحاكم من اعطاء السلطنة للغير ، ودعوى انه يستصحب الجعل فيما لو شك في كيفية الجعل ممنوعة بان المستصحب هو نفس السلطنة المجعولة للغير وهي مرددة بين ما هو معلوم الزوال وبين ما هو معلوم البقاء ، واما استصحاب كلي الجعل فلا اثر له لكي يستصحب فلذا يقوى القول بالانعزال الا انه يدعى في المقام اجماع على عدم الانعزال كما عن الايضاح قال الشيخ (قدس سره) في الجواهر في كتاب القضاء مالفظه : ان تم اجماع فذاك وإلا كان المتجه ما ذكرنا أي الانعزال ، ولكن لايخفى

ان تحققه محل اشكال ولذا الاحوط تجديد التولية من الحاكم الشرعي الموجود بالنسبة الى القيمومة والتولية على الاوقاف ونحوها .

ثم لا يخفى ان للحاكم الشرعي فيما لو تأخر السفه والجنون من البلوغ او فيما اتصلا بالبلوغ مع عدم الأب والجد له تزويجهما ام لا ؟ اما في السفيه فمع عدم الاضطرار لا يجوز لعدم الحاجة الى النكاح فليس حينئذ من واجباته وحفظ شؤونه لكي يقوم به الحاكم الشرعي ولمفهوم صحيحة الفضلاء : (ان المرأة التي ملكت نفسها غير السفيهة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز) (١) . ولا يخفى ان السفيه يلحق بها لعدم القول بالفصل ، ومع الاحتياج والاضطرار فلا مانع من قيام الحاكم الشرعي بذلك بنحو يوجب تضرره لو لم يزوجه ، ولا مانع من كونه ممنوعاً من التصرف في المال لعدم كون التزويج من الأموال وان استلزم المال وهو المهر لعدم كون المهر من لوازم صحة العقد ، واما المجنون فمع كونه ادوارياً فينتظر به حال افاقته فيتزوج مع الحاجة واما مع جنونه فلا يصدق عليه انه بحاجة ماسة الى النكاح ، واما إذا كان اطباقياً فمع مسيس الحاجة واقتضت الظروف لتزويجه فيزوجه الحاكم الشرعي . هذا إذا لم يكن هناك ولي اجباري ، واما إذا كان ولي اجباري كالأب والجد واتصل السفه والجنون بالصغر فهل لهما تزويجهما ، ام يرجع امر ذلك اي التزويج الى الحاكم الشرعي ؟ وجهان الاحوط لو لم يكن الأقوى مراجعة الحاكم الشرعي إذ الآية الشريفة (فان انستم

---

(١) التهذيب كتاب النكاح باب ٣٢ عقد المرأة على نفسها النكاح حديث ١ ج ٧ وفي الاستبصار باب ١١ ان الثيب ولية نفسها من أبواب أولياء العقد .

منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم) (١) . انما تثبت بقاء ولايتهما على الأموال . واما غيره فليس فى البين إلا الاستصحاب وهو من الشك في المقتضي او الشك في بقاء الموضوع ، واما المعتبرة وهي خبر محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) في الصبي يزوج الصبية يتوارثان ، قال : اذا كان ابواهما الذان زوجاهما فنعم جائز (٢) فموردها الصغر فلا تشمل البالغ .

الثالث : الولاية على مال الغائب فانه لا اشكال ان للحاكم الشرعي التصرف بمال الغائب بالنسبة الى ما يسرع اليه الفساد ، ونحوه مما يوجب بقاؤه ضرراً على الغائب فيتصرف الحاكم الشرعي ببيعه كما انه يدفع ما يستحق عليه بالبيع اذا كان في تعطيله الى زمان حضوره ضرر على الغير لايقدر على تحمله ، وكذا له الولاية على قبض ما يدفع الى الغائب فيما اذا لم يكن له وكيل يدفع اليه وبعد القبض يدفع عن الغائب اذا كان مديناً فان ذلك كله من الأمور الحسبية التي يكون مطلوباً ومرغوباً شرعاً ايجادها . واما التصرف في مال الغائب مطلقاً ولو كان للاسترباح فليس له الولاية لعدم الولاية على ذلك لما عرفت من ان ولايته ثابتة فيما اذا كانت بنحو لو تركت يلزم تعطيل الحقوق وتلف المال فيكون تصرفه على ذلك النحو من شؤون الحاكم . واما ما يرجع الى الاحسان وجلب المنفعة فلا ولاية له . وبالجملة ان مال الغائب يجب حفظه عما يسرع اليه الفساد ، ولما لم يمكن حفظ عينه يجب حفظ ماليته ولذا قبض المال للغائب حفظ للمال ليس ذلك من

(١) سورة النساء آية ٦ .

(٢) التهذيب كتاب النكاح باب ٣٢ عقد المرأة على نفسها النكاح حديث ٣٢ ج ٧ ص ٣٨٩ .

باب الولاية ، بل يلزم على كل من يقدر عليه ، وتعين الحاكم لذلك لكونه القدر المتيقن ، وبهذا المقـدار يخرج عن عموم حرمة التصرف بمال الغير بدون اذنه وغير ذلك من التصرفات الراجعة للأحسان الى الغير . حاضراً كان او غائباً ويدخل تحت حرمة التصرف ، وهذا مما لا اشكال فيه بل الأجماع عليه بقسميه يثبت ما ذكرناه .

الرابع : ذكر الأصحاب ان للحاكم الشرعي ولاية على الزوجة المفقود عنها زوجها المنقطع خبره ينفق عليها من ماله ومن بيت المال مع عدم وجود المال لزوجها الغائب فان صبرت وإلا فيرجع امرها الى الحاكم الشرعي وتؤجل من حين رفع امرها الى اربع سنين ويتفحص الحاكم بارسال من يفحص عن حاله بارسال الكتب الى الاقطار للفحص عنه فمع اليأس من حياته ومضي تلك المدة يأمر الحاكم الشرعي من يطلقها فحينئذ تعتد عدة الوفاة اي اربعة اشهر وعشرة ايـام ، وبعد انقضاء العدة يجوز لها التزويج ، فاذا جـاء زوجها لا تلحق به وعلى ذلك شهرة الاصحاب ، بل نقل الاتفاق عليه إلا من الحلي فى السرائر بأنهـا تصبر الى ان تعلم موت الزوج لاستصحاب الحيـاة وبعدم العمل باخبار الآحاد ، ولكن لا يخفى ان الاخبار مصرحة بانها تطلّق وتعتد اربعة اشهر وعشرة ايام بعد رفع امرها الى الحاكم الشرعي فيما لو لم تصبر ولم ينفق عليها . وهذه القيود التي ذكرناها هو مقتضى الجمع بين اخبار الباب فان بعضهـا تعتبر الاعتداد بعدة الوفاة وهي اربعة اشهر وعشرة ايام كموثقة سماعة قال : (سألته عن المفقود فقال : ان علمت انه في أرض فهي منتظرة له ابداً حتى يأتيها موته او يأتيها طلاق وان لم تعلم اين هو من الارض ولم يأتها منه كتاب ولا خبر فانها تأتي الامام فيأمرها ان تنتظر اربع سنين فيطلب في الارض فان لم يجد له

اثراً حتى تمضي اربع سنين أمرها ان تعتد اربعة اشهر وعشراً ، ثم تحل للأزواج ، فان قدم زوجها بعد ما تنقضي عدتها فليس له عليها رجعة ، وان قدم وهي في عدتها اربعة اشهر وعشراً فهو املك برجعتها)(١) فانها كما ترى تعتبر الاعتداد بعدة الوفاة فهي تقيد سائر الاخبار التي في بعضها تعتبر مطلق الاعتداد ، كما ان هذه الموثقة مطلقة من حيث الطلاق فتتقيد هذه الموثقة بصحيحة الحلبي سئل ابو عبدالله (ع) عن المفقود قال : (المفقود اذا مضى له اربع سنين بعث الوالي او يكتب الى الناحية التي هو غائب فيها فان لم يجد له اثراً امر الوالي وليه ان ينفق عليها فما انفق عليها فهي امرأته ، قال : قلت فانها تقول إني اريد ما تريد النساء ، قال : ليس لها ذلك ، ولا كرامة ، فان لم ينفق عليها وليه او وكيله امر بأن يطلقها وكان ذلك عليها طلاقاً)(٢)

وبالجملة فالناظر الى أخبار الباب بعد تقييد مطلقها بمقيدها وبحملها بمفصلها يحصل له ما ذكرناه وهو الموافق للاحتياط وان كان يقوى كون المضى اربع سنين من فقد خبره لا بعد رفع امرها الى الحاكم الشرعي مع ان الفحص ليس بلازم ان يكون بالاربع . فحينئذ يكون المناط هو الفحص ومضي أربع سنين استناداً الى ما يستفاد من الروايات ولا يحتاج الى ذلك الجمع بحمل المطلق على المقيد لأنه انما يحتاج اليه فيما اذا كانا متنافيين لا مثبتين . هـذا والظاهر انها تستحق النفقة في العدة لكون العدة عدة طلاق وان كانت بقدر عدة الوفاة فلذا ترثه لو تبين موته فيها ويرثها لو ماتت في ايام العدة ، كما انه لا حداد عليها الذي هو من شؤون عدة الوفاة ثم مع عدم وصول

(١) التهذيب كتاب النكاح باب الزيادات حديث ١٣١ ج ٧ .

(٢) الوسائل كتاب النكاح باب ٢٣ حكم طلاق زوجة المفقود عنها .

اليد الى الحاكم الشرعي فهل يقوم عدول المسلمين بذلك ؟ ربما يقال بأن مقتضى استصحاب حياته عدم جواز طلاق زوجة المفقود عنها إلا انه خرجنا عن ذلك بقيام الدليل على ان للحاكم الشرعي ولاية على زوجة المفقود عنها زوجها ، ومع عـــدم الحاكم الشرعي ليس لعدول المسلمين ذلك اقتصاراً على ماخالف الاصل على المتيقن واليه ذهب صاحب المسالك ، ودعوى انه لما كان معروفاً وهو من الامور الحسبية التي يطلب وجودها في الخارج مضافاً الى قاعدتي الضرر والحرج (١) لو لم

(١) لا يخفى ان القاعدتين مفادهما متحد وانهما في مقام رفع الحكم المجعول وليسا من قبيل رفع الحكم بلسان رفع الموضوع على ما سيأتي بيانه في قاعدة لا ضرر بل فى لاحرج لايصار اليه ، وان قلنا في لا ضرر ذلك فان المستفاد من آية : (وما جعل عليكم في الدين من حرج) (١٠) هو نفي جعل الحرج الجعل التشريعي لا الجعل التكويني ومن (الدين) الاحكام المجعولة ، فالمنفي في الآية الشريفة هو الحكم الذي ينشأ منه الضيق والحرج ، وليس المنفي هو الحكم بلسان الموضوع لمنافاته لما هو الظاهر من الآية ، وسيأتي بيان الثمرة بين الوجهين في قاعدة لا ضرر ، كما انهما على نحو الحكومة متحدان وانهما في مرتبة واحدة وليس احدهما حاكما على الآخر في مقام المعارضة بينهما ، ففي مورد المعارضة يتساقطان ويرجع الى الاصل الموجود فى المسألة اوالقاعدة الموجودة فيها ، كما لو كان تصرف المالك فى ملكه ضرراً على الجار وكان ترك تصرفه حرجا على المالك فتقع المعارضة بين نفي جواز التصرف بلا ضرر وبين نفي حرمة التصرف بلا حرج فيكون المقام من قبيل تعارض الضررين في مورد واحد ، كما لو ادخلت الدابة رأسها في قدر—

(١٠) سورة الحج آية ٧٨ .

. . . .

= يملكه شخص آخر غير صاحب الدابة ، فالقدر لشخص والدابة ملك لشخص آخر فتقع المعارضة بين جواز كسر القدر لخلاص الدابة وجواز ذبح الدابة لبقاء سلامة القدر وكلا الحكمين ضرريان ، فمنع مالك القدر عن كسره ضرر على صاحب الدابة ، كما ان منع صاحب الدابة من ذبحها ضرر على صاحب القدر فتقع المعارضة بينهما فيتساقطان ويرجع الى الاصول العملية والقواعد المقررة في مورد التعارض ، ففي المسألة المفروضة يرجع الى قاعدة السلطنة ، فتكون كل سلطنة من طرف تمنع سلطنة الآخر لكون المقام من قبيل باب التعارض وليس من باب التزاحم لكي يؤخذ بما هو اقل ضررا بل ربما يقال بعدم جريان لا ضرر في المقام ولو لم تكن معارضة لكونها واردة في مقام الامتنان وجريانها خلاف الامتنان ، فلا مورد لها في كل من الطرفين لكي تقع بينهما المعارضة .

هذا فيما اذا لم يكن تفريط من احدهما والا يجب على المفرط تخليص مال الغير ولو بتلف ماله مع عدم الضمان على الآخر .

إن قلت كيف يتحقق التعارض بين لا ضررين مع كون النفيين مدلول لدليل واحد . قلنا لاينافي ذلك اذالمستفاد من الدليل الانحلال بنحو الطبيعة السارية او العام الاستغراقي الى قضايا عديدة كما هو كذلك بالنسبة الى التعارض بين الاستصحابين مع كونهما مدلول دليل واحد وهو قوله (ع) لا تنقض اليقين بالشك (١٠) لانحلاله الى قضايا متعددة بتعدد مصاديق ذاك العام الذي جعل موضوعاً للحكم . =

(١٠) الوسائل كتاب الصلاة باب ١٠ أن من شك بين الثلاث والاربع من ابواب الخلل الواقع في الصلاة .

. . . .

= وبالجملة لا حرج ولا ضرر في مرتبة واحدة ولا حكومة لاحدهما على الآخر خلافاً لشيخنا الانصاري (قده) فقد ادعى حكومة لا حرج على لا ضرر ولكنه دعوى من غير دليل وبرهان ولذا لا يمكن الالتزام بها ، كما انهما واردان في مقام الامتنان ويترتب عليه ان الضرر والحرج يراد منهما الشخصي لا النوعي اذ رفع الحكم الضرري او الحرجي من شخص بلحاظ شخص آخر اى امتنان فيه ، واما بالنسبة الى بعض الموارد بجعل الطهارة الترابية بدلا عن المائية وعدم التمكن منها او التقصير والافطار في السفر الذي فيها الضرر والحرج نوعياً إلا أنه كان بنحو الحكمة فانما استفيد من الدليل وليس ذلك مستفاداً من دليل الحرج والضرر ، إذ مع كونهما فى مقام الامتنان يوجب ان يكون الضرر والحرج شخصيين .

فظهر مما ذكرنا ان القاعدتين على نحو واحد من حيث المفاد والحكومة والمرتبة وارادة الشخصية من لفظي الحرج والضرر . نعم فرق بينهما من حيث التطبيق على موارد العبادة كالوضوء والغسل والصوم والصلاة مع نزع غير المأكول او نزع الحرير فان هذه الموارد وامثالها مما تكون ضررية او حرجية فتبطل لو وقعت مع الضرر ولا تبطل لو وقعت مع الحرج فان لا ضرر يوجب حرمة الفعل الضرري فيكون مبعداً ولا معنى لكونه مقرباً الذي هو قوام العبادية بخلاف الحرج فان ارتكاب الفعل الحرجي لا يوجب حرمتـــه فلا يكون مبعداً ، وسره أن دليل الحرج يرفع الالزام وذلك لا يوجب حرمة الفعل ، ولذا افتى المشهور ببطلان الوضوء والغسل الضرري دون الحرجي ، نعم يكون لا حرج مثل لا ضرر لو نهي عن تحمل المشاق وايقاع نفسه فى المشقة =

. . . .

= فيكون تحمله معصية ولا يطاع الله من حيث يعصى إلا ان ذلك خارج عن محل الكلام .

ودعوى بطلان الوضوء والغسل فيما لو كان حرجيين قياساً على كونهما ضرريين في غير محله ، لما عرفت ان قاعدة لا ضرر يوجب كون الفعل حراماً فيكون مبعداً ومبغوضاً ولا يمكن التقرب بما هو مبغوض للمولى بخلاف قاعدة لا حرج فانها ترفع الحكم الالزامي من دون سرايته الى نفس الفعل ، وعليه يكون الرفع هو الوجوب والالزام لا الصحة اذ رفع الصحة خلاف الامتنان ومع الالتزام بذلك فلامانع من القول بالتخيير بين الطهارة المائية والترابية . ومنه يظهر ان دعوى بعض مشايخنا (قده) من القطع بعدم التخيير بين الطهارتين فى المقام محل نظر بل منع ، إذ لو لم تكن هذه القاعدة فمقتضى التفصيل في قوله تعالى : (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً) (١٠) انه قاطع للشركة حيث علق التيمم على عدم الوجدان ، ويفهم من ذلك انه عند الوجدان بمعنى التمكن من استعمال الماء لا محل للتيمم بل اما الوضوء او الغسل كل في محله ، كما انه عند عدم الوجدان للماء يتعين التيمم ولا محل للوضوء ولا للغسل ، وحيث انهما نقيضان لا ثالث لهما ولكن بعد ورود الآيات الشريفة كقوله تعالى : (ما جعل عليكم فى الدين من حرج) (١٠) وقوله تعالى : (ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين من حرج) (٢٠) وقوله تعالى : (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم =

---

(١٠) سورة المائدة آية ٦ وفي سورة النساء آيه ٤٣ .

(٢٠) سورة الحج آية ٧٨ وفى سورة المائدة آلة ٦ .

يقم عدول المسلمين ويترتب عليه انه لا مانع من قيام عدول المسلمين كما هو شأن كل ما كان من هذا القبيل ففيه انه لا يصار اليه لكونه مخالفاً للاصل ، واما قاعدتي الضرر والحرج فلا يثبتان حكما يوجب كون عدمه ضرريا او حرجيا فلذا كان الاحتياط بوجوب الصبر عليها حتى تصل يدها الى الحاكم الشرعي ، كما ان الاحتياط اتمام أربع سنين لو تم الفحص واليأس قبلها اقتصاراً فيما خالف الاصل على القدر المتيقن.

ثم لا يخفى ان المفقود يشمل ما كان فقده لغرق السفينة او فى معركة القتال او في سفرة طويلة . فدعوى اختصاص المفقود بالغائب اي المسافر في غير محله اذ الاخبار ليس فيها لفظ الغائب وانما هو عبارة الفقهاء . واما الروايات فموردها هو المفقود وهو يشمل كل من ضاع خبره واثره .

الخامس : للحاكم الشرعي ولاية على حجر المفلّس ومنعه من التصرف فى ماله بشرط ثبوت الدين عند الحاكم وحلوله ونقصان ماله عن الدين والتماس الغرماء له في التحجير ، فمع هذه الشروط يكون للحاكم حجره لكون ذلك من شؤون الحاكم ومما يرجع اليه الناس وقد دل عليه الاجماع محصلا ومنقولا ، بل ربما يقال بانه يظهر ذلك

= العسر) (١٥) وقوله تعالى : (لا يكلف الله نفساً الا وسعها) (٢٥) فانها تدل على ان الله تعالى لم يجعل في دين الاسلام احكاماً حرجية ونقطع بان ذلك في مقام الامتنان ولازمه ان يكون المراد هو الوجوب الالزامي لا الصحة لكونه خلاف الامتنان وذلك يوجب التخيير بين الطهارتين وان كان الأحوط هو الجمع بينهما فلا تغفل .

(١٥) سورة البقرة آية ١٨٥ .

(٢٥) سورة البقرة آية ٢٨٦ .

من بعض الأخبار كموثقة عمار عن الصادق (ع) كان اميرالمؤمنين (ع) يحبس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص فان ابى باعه فيقسمه بينهم (١) بحمل الحبس على المنع من التصرف، ومثله خبر غياث بن حفص عن جعفر عن ابيه (ع) ان علياً (ع) كان يفلّس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يأمره فيقسم ماله (٢) الى غير ذلك من الأخبار . ولكن لا يخفى ان هذه الاخبار ليس فيها دلالة وانما فيها اشعار إذ يمكن حملها على ولاية الحاكم على الممتنع عن الاداء وليست دالة على حجر المفلّس ولذلك قال صاحب الحدائق بخلوالاخبار عن حجر المفلس ، إلا ان الذي يسهل الخطب ان المسألة مسلّمة بين الأصحاب ، فان بالأجماع المحصل والمنقول كفاية على اثبات المطلوب واما النبوي ان النبي (ص) حجّر على معاذ بالتماسه (٣) فهو ضعيف مضافاً الى ان الموجب هو التماس الغرماء لا التماس المدين فهو اذاً اجنبي عن المقام .

السادس : الولاية على الممتنع فللحاكم الشرعي الولاية على اداء ما عليه من الحقوق المستحقة عليه وله قبض الثمن المردود له في زمن الخيار وله بيع المال لوفاء الدين للاجماع محصلا ومنقولا وللاخبار المتقدمة الظاهرة في ولاية الحاكم الشرعي على الممتنع المماطل كخبر غياث بن حفص عن جعفر عن ابيه (ع) ان علياً (ع) كان يفلس الرجل

---

(١) و (٢) الاستبصار باب ٢٥ من يجوز حبسه في السجن حديث ٢ ج ٣ وفى الوسائل كتاب الحجر باب ٦ قسمة مال المفلس على غرمائه بالحصص .

(٣) الخلاف كتاب التفليس مسألة ١٠ ونص الحديث ان النبي حجر على معاذ وباع ماله في دينه ص ٢٣٨ طبعة طهران .

إذا التوى على غرمائه ثم يأمره فيقسم ماله ، وفي موثقة عمار عن الصادق (ع) كان اميرالمؤمنين (ع) يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه الخبر ، مضافاً الى ان ذلك امر معروف يطلب وجوده فى الخارج وهو مما يرجع الى الامام (ع) فلذا يكون من وظائف الحاكم الشرعي .

السابع : الولاية على الاوقاف العامة لا يخفى ان الاوقاف العامة لما كانت منافعها العامة للنوع كالفقهاء والسادات والفقراء وليس ملحوظاً فيها شخص خاص وامثال ذلك مما يرجع به الى الامام او نائبه ويشمله عموم النيابة ويلزم ان يرجع بها الى الحاكم الشرعي فانه المنصوب لذلك مضافاً الى النص والاجماع الدالان على جواز تصديه لذلك هذا إذا لم يعين الواقف متولياً ومع التعيين بان يعين شخصاً خاصاً فمع تعيينه ولم يعين له كيفية مخصوصة زائدة على الوقف ويجعل التصرف بنظره فحينئذ ليس لأحد مزاحمته إلا ان يخالف جهة الوقف . واما لو عين جهة الصرف فيلزم على المتولى ان يعمل على نحو ما عينه فلا يجوز له التعدي الى غير ما قرره الواقف فان الوقوف على حسب ما قررها اهلها ولا يخفى ان تعيين المتولى ليس على خلاف الوقف فانه لا ينافى التولية الموقف لأنهما يحصلان بجعل واحد لا ان الوقف يتحقق ثم تحصل التولية لكي يشكل بأن الوقف عند تحققه خرج عن ملك الواقف فكيف يصح له جعل التولية لأحد ، هذا فى الأوقاف العامة . واما في الوقف الخاص كالوقف على البطون فانه تمليك للموقوف عليهم بنحو من انحاء الملكية فانهم يملكون ما داموا فى الحياة ، وبالموت ينتهي امد الملكية بخلاف غير الموقوف عليهم فانهم يملكون ملكية مطلقة فلو انتقلت العين الى الغير فانها تنتقل ملكية دائمة وبالموت تنقطع تلك الملكية لا بنحو ينتهي امدها كما هو كذلك في ملكية البطون وهو المسمى بالوقف

الخاص فمع عدم ذكر الواقف المتولي فالموقوف عليهم هم المتولون لحصول تلك الملكية لهم ، واذا عين الواقف متولياً فهو من باب التولية لا الولاية وسيأتي ان شاء تعالى بيان الفرق ، وهكذا لو ذكر المالك في الوقف العام متولياً فانه ايضاً من التولية لا الولاية ، ومع عدم ذكره في الوقف العام متولياً يقوم الحاكم الشرعي بالتصرف على جهة الوقف بالولاية لثبوته له . ذلك من جعل الولاية من الامام لأنه مما يرجع اليه كما يجوز له اعطاء التولية للغير .

الثامن : ذكر بعضهم بالنسبة الى مجهول المالك يرجع امره الى الحاكم الشرعي فيحتاج التصدق به الى مراجعة الحاكم الشرعي إذ هو ولي الغائب ، ولما يظهر من الاخبار ان التصدق به عن صاحبه ايصال اليه إلا ان الظاهر من الاخبار كون الشخص بنفسه يتصدق عن صاحبه لقوله (ع) فان لم تجد له وارثاً وعلم الله منك الجهد فتصدق به (١) ، ولكن لا يخفى ان العين التي لا يعرف مالكها اذا كانت موجودة تسمى بمجهول المالك فلا مانع من كون نفس الشخص يتصدق بها فلا حاجة الى اخذ الرخصة من الحاكم الشرعي ، واما إذا كان ديناً مطلوباً لأحد لا يعرف من يطلبه المسمى عند المتشرعة برد المظالم فلا يتحقق انطباقه وتعيينه إلا بقبض المالك او وكيله او الحاكم الشرعي . وعليه بالنسبة الى ذلك يحتاج الى مراجعة الحاكم الشرعي ، كما ان في الأول الاحتياج الى مراجعة الحاكم الشرعي هو الأحوط لأن وصوله الى مالكه اي الغائب لا يحصل إلا بقبض وكيله او الحاكم الشرعي لكي يتحقق التصدق عنه ، وان كان ظاهر الأدلة حسب ما عرفت عدم الاعتبار للرواية المتقدمة ورواية يونس قال سألت العبد الصالح (ع) الى أن يونس وقلت له لست اعرفهم ولا ندري كيف نسأل عنهم ؟ قال فقال

---

(١) الوافي باب ٥٢ المال المفقود صاحبه من ابواب وجوه المكاسب ج٣

بعه وأعط ثمنه اصحابك ، قال فقلت جعلت فداك اهل الولاية ، قال : نعم (١) ولا ينافي ذلك رواية معاوية بن وهب قال سُئل ابو عبد الله عليه السلام عن رجل كان له على رجل حق ففقده ولا يدري حي هو أم ميت ؟ ولا يعرف له وارثاً ولا نسباً ولا بلداً ، فقال عليه السلام اطلبه ، قال إن ذلك قد كان فأصدق ؟ فقال اطلبه (٢) الدال على عدم جواز التصدق مع فقدان صاحبه إذ يمكن ان تكون الرواية في مقام الحث على عدم اليأس والعثور على صاحبه فلا تعارض رواية يونس فانها في مقام حصول اليأس ، نعم رواية هشام بن سالم قال سأل ابو الخطاب الأعور أبا ابراهيم (ع) وأنا جالس فقال انه كان عند أبي أجيراً يعمل بالاجر ففقدناه وبقي له شيء من اجره ولا نعرف له وارثاً ، قال فأطلبه قال قد طلبناه ولم نجده قال فقال مساكين وحرك يديه ، قال فأعاد عليه قال اطلب وأجهد فان قدرت عليه والا كسبيل مالك حتى يجيء له طالب فان حدث بك حدث فأوص به ان جاء له طالب ان يدفع اليه (٣) فأنها كما ترى تدل على جعل المال امانة في يده ، وعليه يلزم اعمال باب المعارضة لو لم يمكن الجمع ولكن ان الناظر الى ورواية داود بن أبي يزيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال له رجل اني أصبت مالاً واني خفت فيه على نفسي فلو اصبت صاحبه دفعته اليه وتخلصت منه ، فقال ابو عبد الله (ع) لو اصبته كنت تدفعه اليه ؟ فقال : أي والله فقال (ع) أنا والله ، ماله صاحب غيري

(١) الوافي المجلد الثالث ص ٥١ باب المال المفقود صاحبه .

(٢) الوسائل كتاب التجارة باب ٢٢ من ابواب الدين والقرض

(٣) الوافي المجلد الثالث ص ٥١ باب المال المفقود صاحبه وفى الوسائل كتاب التجارة ٢٢ من ابواب الدين والقرض .

قال فأستحلفه أن يدفعه الى من يأمر فحلفت قال فأذهب وقسمه بين اخوانك ولك الامن مما خفت منه فقسمته بين اخواني (١) فيتضح لك جلياً بأن حكم المال المجهول مالكه الاصلي يرجع الى الامام لكونه ماله وحيث انه له فله ان يجعله أمانة كما دلت عليه رواية هشام بن سالم حيث قال (ع) كسبيل مالك حتى يجيء اليه طالب ، وله أن يأمره بالتصدق كما في رواية يونس فيكون هذا الخبر الأخير حاكماً وشارحاً للخبرين المذكورين بتقريب ان الامام أرجع الأمر اليه فيهما ، فتكون اذنه خاصة بالتصرف في مورد أحد الخبرين والحفظ والامانة في الآخر وجعله كاللقطة في مورد ثالث كما في خبر حفص بن غياث قال سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص درهماً ومتاعاً واللص مسلم هل يرد عليه ؟

فقال عليه السلام لا يرده ، فأن امكنه ان يرده على صاحبه فعل والا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولاً فأن اصاب صاحبها ردها عليه وإلا تصدق بها فان جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الاجر والغرم ، فأن اختار الاجر فله الاجر وإن اختار الغرم فله الغرم ، وفي حديث آخر وان اختار الغرم غرم له وكان الاجر له (٢) الخبر ، فأن المورد لما كان من مجهول المالك وقد جاء السائل ليعرض الموضوع على الامام (ع) فأمره بالتصدق بعد مرور سنة ، والتحديد بالسنة انما هو لكونه غالباً يحصل اليأس على العثور به . وبالجملة حيث ان المال المجهول المالك لما كان راجعاً الى الامام وهو يملكه فله التصرف بما

(١) الوسائل الباب (٣) من ابواب اللقطة .

(٢) الفقيه في باب حكم اللقطة حديث تسلسل ١٥٦ باب ١ ج ٣ طبع النجف .

يشاء ، ففي خبر امره بالتصدق وفي آخر جعله امانة ، وفي ثالث جعله كاللقطة وبذلك امكن الجمع بين الاخبار ، ولكن الانصاف ان جعل المورد في هذه الرواية من مجهول المالك محل نظر إذ الظاهر ان موارد مجهول المالك هو ما كان مجهولاً من اول الامر فلا ينطبق على ما اودعه اللص ولذا الامام (ع) جعل ذلك من اللقطة واجرى عليها احكامها من بقائها حولاً وتعريفها وبعد الحول يتصدق بها ، ولو جاء صاحبها خيره بين الغرم والاجر وذلك من مختصات اللقطة ولا يجري ذلك في مجهول المالك فأنه بعد مراجعة الحاكم الشرعي وحصول اليأس يأمره بالتصدق ومع التصدق لو جاء صاحب المال لا يظمنه خلافاً للسيد في العروة حيث قال بالضمان ما نصه مسألة (٣٢) (ولو تبين المالك بعد اخراج الخمس فالأقوى كما هو كذلك في التصدق عن المالك في مجهول المالك) ولكن لا يخفى ان هذا مختص باللقطة لاستفاضة الاخبار بذلك ، واما بالنسبة الى مجهول المالك فغير ظاهر وانما القاعدة تدل على التصدق بلا ضمان وفاقاً للاستاذ المحقق النائيني (قدس سره) في الحاشية على العروة فانه خص الضمان باللقطة اذا كان الملتقط هو المباشر للتصدق به دون ما اذا دفعها الى لحاكم مضافاً الى ان الفقهاء لا يفتون بظاهر رواية داود ابن أبي يزيد ولا يلتزمون بان مجهول المالك هو للامام حيث يجعلون مجهول المالك مقابل اللقطة وميراث من لا وارث له ويعتبرون العلم بموت صاحب المال وانه لا وارث له بنحو لو وقع الشك في وجود الوارث يحتاج الى الاحراز كما في الجواهر وان كان الظاهر جريان استصحاب عدم الوارث بناءً على ان الارث مرتب على العدم المحمولي وبالجملة ان رواية داود إن قلنا بظاهرها يلزم اخذ الرخصة من الحاكم الشرعي في مجهول المالك وفي مال لا وارث له والامانات المالكية كالوديعة والعارية ونحوهما من

مجهول المالك ، وما اخذ من اللص لكون الجميع مال الامام (ع) وبذلك يكون الجمع بين الاخبار وان لم نقل بمضمونها كما هو مقتضى فتاوى الأصحاب بل اقتصرنا في ذلك على ما اخذه اللص ولا تشمل الامانات المالكية ولا مجهول المالك المصطلح فلا يلزم اخذ الرخصة من الحاكم الشرعي ، وان تولية التصدق بيد من عنده المال كمالك العين الزكوية من تولية الاداء وتعيين المستحق بيد المالك ، ويترتب على ما ذكرنا قضية الضمان لو تبين المالك فبناءاً على كونه للامام كما هوظهور رواية داود فانما هو حكم ظاهرى فمع وجود المالك ينقلب الموضوع عند التبين إذ موضوعه عدم العلم بالمالك فمع العلم لا موضوع له كما هو كذلك بالنسبة الى مال من لا وارث له فمع وجود المال عند الحاكم يجب رده الى مالكه لو تبين ، واما لو تبين بعد التصدق فلا ضمان للحاكم ولا لمن اذن له بالتصدق او للفقير ، اما الحاكم لرواية الاصبغ انه لا ضمان للحاكم في دم او قطع (١) فهو وان كان مختصاً بالدم الا انه نتعدى الى المال للعلم بعدم الخصوصية على ان الحكم بالضمان يحتاج الى دليل مع فرض عدم التقصير . نعم ورد فى خصوص الدم والقطع ان الضمان على بيت مال المسلمين كما روي عن ابي مريم عن ابي جعفر عليه السلام (قضى امير المؤمنين ان ما اخطأت القضاة في دم او قطع فهو على بيت مال المسمين (٢) واما الفقير فقد ذكر الشيخ الانصاري (قده) انه لا ضمان ويشهد لذلك رواية داود ولك الامن مما خفته فانه ظاهر انه لا شيء عليه . واما بناءاً على عدم كون

---

(١) و (٢) الوافي كتاب الحسبية والاحكام والشهادات باب ضمان شهود الزور والخطأ وخطأ القضاة وفي الوسائل كتاب القضاء باب ٨ من ابواب آداب القاضي .

مجهول المالك للامام فبالنسبة الى يد الامين فمع بقاء المال عند من بيده المال أو عند الحاكم فيجب رده الى المالك لو تبين ، واما مع التصدق به فلا ضمان ، لا على من عنده المال ولا على الحاكم ، ولا على الفقير ولو كان المال باقياً عنده لاذن الشارع باتلافه بالتصدق فهو وان لم يقتض المجانية إلا ان الترخيص لما كان في مقام البيان وسكت عن الضمان فيستكشف المجانية كما لو اذن صاحب الطعام لغيره بالأكل من دون تقييد بالضمان الا ان تكون قرينة على الضمان كما في المطاعم المعدة لبيع الاطعمة وبذلك تكون حاكمة على قاعدة الاتلاف واما لو كانت اليد فى مجهول المالك غاصبة كما لو تملك من الغاصب ثم علم بكونه غاصباً فمع عدم معرفة المالك الظاهر انه لو تصدق به يتحقق الرد والاداء المعتبر في باب الامانات واليد بالرد الى الفقير والحاكم بناءاً على ولايته ، وان الأدلة الدالة على وجوب التصدق مع كونها في مقام البيان حاكمة على قوله (حتى تؤدي) بجعل الأداء أعم من الاداء الى المالك أو من هو بمنزلته من الحاكم او الفقير ولا يقاس المقام بباب اللقطة فانه لم يرد فيها الأمر بالتصدق المطلق وانما ورد ان الملتقط مخير بين التملك او الحفظ أو التصدق مع التعهد بالضمان فلا تغفل .

التاسع : في التقاص وهو استيفاء حقه من المدين مع ثبوت الدين وامتناع المدين من الأداء فهل للحاكم الشرعي ولاية على ذلك فيحتاج المقتص الى اخذ الرخصة من الحاكم الشرعي ام لا يحتاج الى مراجعة الحاكم الشرعي بل للشخص نفسه له ان يقتص الظاهر انه يجوز التقاص من مال المدين مع جحوده او مماطلته من دون مراجعة الحاكم الشرعي باخذ رخصة منه لاطلاق الآيات والأخبار . اما الآيات فقوله

تعالى : (فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى) (١) ، وقوله : (فعاقبوا بمثل ما عوقبتم) (٢) ، وقوله : والحرمات قصاص (٣) . واما الأخبار فخبر جميل بن دراج سألت ابا عبدالله (ع) عن رجل يكون له على الرجل الدين فيجحد فيظفر من ماله بقدر الذي جحده أيأخذه وان لم يعلم الجاحد بذلك ؟ قال : نعم (٤) وصحيحة داود بن رزين قلت لأبي الحسن موسى (ع) إني اخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها والدابة الفارهة يبعثون فيأخذونها ثم يقع لهم عندي المال فلي أن آخذه ؟ فقال : « خذ مثل ذلك ولا تزد عليه » (٥) ، ومثله خبره الآخر قلت لأبي الحسن (ع) إني اعامل قوماً فربما أرسلوا اليّ فأخذوا مني الجارية والدابة فذهبوا بهما مني ثم يدور لهم المال عندي فآخذ منه بقدر ما اخذوا مني ؟ فقال : « خذ منهم بقدر ما اخذوا منك ولا تزد عليه »(٦) وصحيحة ابي بكر قلت له رجل لي عليه دراهم فجحدني وحلف عليها أيجوز لي إن وقع له قبلي دراهم ان آخذ منه بقدر حقي ؟ قال فقال : نعم (٧) ، الى غير ذلك من الأخبار الدالة على جواز اخذ ماله بحق

(١) و (٣) البقرة آية ١٩٤ .
(٢) النحل آية ١٢٦ .
(٤) الاستبصار باب ٢٧ من له على غيره مال فيجحده حديث ١ ص ٥١ ج ٣ وفي التهذيب المكاسب احاديث التقاص حديث ١٠٨ ص ٣٤٩ ج ٦ .
(٥) التهذيب المكاسب اخبار التقاص حديث ٩٩ ص ٣٤٧ ج ٦ .
(٦) الفقيه باب ٦ في الدين والقرض حديث ٢٥ ص ١١٥ ج ٣ .
(٧) التهذيب المكاسب اخبار التقاص حديث ١٠٣ ص ٣٤٨ ج ٦ وفي الاستبصار باب ٢٧ فمن له على غيره مال فيجحده حديث ٢ ص ٥٢ ج ٣ .

عند غيره من عين او دين وكان جاحداً او مماطلا ما لم ينجر الى فتنة ، وما يقع في يد المقتص يجوز اخذه سواء كان مثلياً ام قيمياً من دون زيادة بلا حاجة الى مراجعة الحاكم الشرعي لأخذ الرخصة منه .

ودعوى انه لو كان مال المطلوب مثلياً كمن اخذ مناً من الحنطة واتلفها وامتنع من التسليم واستولى الدائن على قيمة الحنطة فيلزم عليه شراء الحنطة لكونها مثلياً ، فصحة الشراء تحتاج الى الرخصة من الحاكم الشرعي لكونه ولياً على الممتنع ، والشراء تصرف لا يصح الا بالرخصة من الحاكم الشرعي بخلاف ما اذا كان المال المطلوب قيمياً فانه حينئذ باستيلاء الدائن على مال المدين يأخذه مقاصة من دون حاجة الى الرخصة من الحاكم الشرعي ممنوعة اذ المستفاد من الأخبار هو اخذ المال بعنوان المقاصة لا بعنوان رد العين لكي يكون المأخوذ اما نفس العين اومثلها اذا كانت مثلياً وقيمتها اذا كانت قيمياً وانما هو رد نفس المالية فلا حاجة الى الشراء فيما لو كان مثلياً . وبالجملة في المقاصة اخذ المال انما هو استيفاء حقه وقد سوغه الشارع تداركاً للضرر ليس بعنوان الرد والاسترداد وذلك لا يحتاج الى مراجعة الحاكم الشرعي . اللهم إلا ان يقال ان امر الامام « سلام الله عليه » هو اذن منه في ذلك ، ولكن لا يخفى انه خلاف ظاهر سؤال الراوي فانه في مقام السؤال عن حكم الواقعة من حيث جوازه وعدمه شرعاً وليس في مقام طلب الاستيذان منه . وكيف كان فظاهر الاخبار هو الاستقلال بالتصرف من دون استئذان من الحاكم الشرعي اويحتاج ثبوت الحق عنده سواء كان المأخوذ عيناً ام ديناً وسواء كان المأخوذ من المثلي ام القيمي فان المستفاد هو ان الأخذ لا بعنوان المعاوضة وانما هو بنحو الاستيفاء وتداركاً لما فات من العين لا بنحو رد العين لكي يترتب عليه ان رد العين مع الاستيلاء

على العين والا فمثلها لو كانت مثلياً وقيمتها لو كانت قيمياً .

ثم لا يخفى ان الاستيفاء تارة يكون مرتبة من مراتب العين وهي نفس المالية واخرى يكون بجميع مراتب العين ظاهر الاصحاب هو الثاني ولذا يدعى الاجماع على انتقال العين الى ملك من اقتص منه . وقال بعض مشايخنا « قدس سره » بالأول وجعل المقام من قبيل بدل الحيلولة وان المقتص قد استوفى مرتبة من مراتب العين المالية وخصوصية العين باقية على ملك مالكها الأصلي وليس عنده ما يدل على ذلك سوى استصحاب ملكية خصوصية العين . والانصاف ان الناظر في اخبار الباب يجد ان المقاصة هي استيفاء لجميع مراتب العين لا لخصوصية المالية فقط التي التي هي مرتبة من مراتب العين ، ولا يتوهم ان لازم ذلك هو ان المقاصة معاوضة فانه توهم فاسد اذ المعاوضة ليست مقصودة في التقاص وانما هو مقام استيفاء حقه خصوصاً إذا كان ديناً فان المدين يجب عليه وفاء الدائن بأي فرد حصل من ماليته وبعد التسليم الى الدائن يملكه والتعين بيد المدين وليس ولاية التعين بيد الدائن ، وفي المقاصة جعل الشارع ولاية التعين بيد الدائن لامتناع المدين من الوفاء ولازم ذلك هو انه يأخذه المقتص من أموال المقتص منه بنحو الاستيفاء لجميع مراتب العين لكي يصدق انه وفاء فحينئذ تكون خصوصية العينية ملكاً لمن اقتص منه ولو تمكن المقتص من أخذ العين فيما بعد فله الامتناع من اخذها وليس للمقتص أخذ ما يبذله من المال لتحصيل حقه من المقتص منه فليس للدائن إلا اخذ حقه الأصلي ولا يلزم المدين ما يبذله ولو بتوسط حاكم الجور كالرسوم وغيرها ، وان توقف تحصيل حقه على بذل المال . هذا كله لو اخذ المال بنحو التقاص واما لو لم يؤخذ بالتقاص وقد تلف ما بيده كما لو توقف التقاص على بيعه . مثلاً كان يطلب مائة درهم

واستولى على عين قيمتها مائتي درهم ويتوقف أخذ حقه على بيعها ، ولو تلفت قبل البيع فهل يضمن تلك العين أم لا ؟ قيل بعــدم الضمان لكونه مأذوناً شرعاً في الاستيلاء عليه لأخذ حقه وذلك رافع للضمان مضافاً الى انه يحتمل ان تكون يده يد من له ولاية على اداء الدين . فمع هذا الاحتمال لا يشمله عموم على اليد لكونه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية للجزم بخروج يد الامانات من عموم على اليد .

وفي كلا الوجهين محل نظر . اما الأول فلأن جواز الاخذ شرعاً لا ينافى الضمان نظير المأخوذ بالسوم ، واما الثاني فلوجود اصل يرفع ذلك الاحتمال المذكور وهو اصالة عدم جعله ولياً وهو اصل موضوعي بجعل تلك اليد مضمّنة وغير امينة . هذا فيما لو تلف قبل الاخــذ بالتقاص ، واما لو اخذ بالتقاص بان باعه واخذ مقدار حقه والزائد يرجع الى المقتص منه فلو تلف الزائد فهل يضمنه مع عدم التعدي او التفريط ام لا يضمنه ؟ قال الشيخ « قدس سره » في الجواهر بضمانه استناداً الى كون الزائد من ثمن مال مضمون عليه بجملته . والظـاهر عدم الضمان لكون الزائد بيد المقتص وان لم يكن امانة مالكية إلا ان الشارع لما جوز للمقتص اخذ حقه من مال المقتص منـه صار الزائد بيد المقتص امانة شرعية فيحفظه ويوصله الى المالك . فلو تلف لا عن تقصير وتأخير في الرد لا يضمن ، وكون الزائد من ثمن عين مضمونة عليه بجملته انما هو قبل البيع والاخذ بالتقاص وبعد التقـاص تغير ذلك العنوان وانطبق عنوان جوزه الشارع ويكون من الامانة الشرعية المقصود فيها الحفظ لصاحبها . هذا كله لو كان الواقع بيد المقتص من الاموال ليس بعنوان الوديعة ، واما لو كان ما وقع بيده بعنوان الوديعة فيقع الكلام فيها من جهتين : الاول انه هل يجوز اخذ الوديعة وتملكها

مقاصة عما اخذ منه ام لا يجوز ؟ قيل بالثاني تمسكاً باخبار الوديعة المشتملة على قوله وإن خانك فلا تخنه (١) ، وقوله (ص) ولا تخن من خانك (٢) وخصوص صحيحة معاوية بن عمار عن ابي عبدالله (ع) قلت له الرجل يكون لي عليه الحق فيجحدنيه ثم يستودعني مالا ألي ان آخذ مالي عنده قال هذه الخيانة (٣) ، والحق هو الاول وفاقاً لأكثر المتأخرين تمسكا باطلاق ادلة المقاصة فانها دالة على جواز الاخذ مما وقع بيد المقتص من المال مطلقاً سواء كان بعنوان الوديعة ام لا مضافا الى خصوص خبر ابن سليمان في الوديعة والقرض الى ان قال فكتب نعم يحل ذلك ان كان بقدر حقه وان كان اكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقي ان شاء الله (٤) . واما الخبر المتقدم الدال على عدم جواز التقاص من الوديعة فالمراد من الخيانة التصرف في مال الغير من دون حق مضافا الى ان ادلة نفي الضرر حاكمة على حرمة التصرف في مال الغير ، فحينئذ تبقى ادلة الجواز سليمة عن المعارض ، ولكن لا يخفى اما عن حمل خبر معاوية بن عمار على التصرف بمال الغير من دون حق فهو خلاف ما يظهر منه ، واما ادلة الضرر فليست حاكمة على الأدلة التي ثبت الحكم في مورد الضرر وانما هي حاكمة على الادلة الواقعية. نعم يمكن ان تكون مرجحة لاحد الدليلين المتعارضين بناءً على عدم

(١) التهذيب المكاسب اخبار التقاص حديث ١٠١ ص٢٤٨ ج٦.

(٢) نفس المصدر الا ان الحديث ١٠٢ مستشهدا بقول النبي (ص) وفي الفقيه باب ٦٠ في القرض والدين حديث ١٨ ص ١١٣ ج ٣ الطبعة الحديثة .

(٣) الفقيه باب ٦٠ في الدين والقرض حديث ١٩ ص ١١٤ .

(٤) التهذيب في المكاسب اخبار التقاص حديث ١٠٦ ص٢٤٩ ج٦

الخصوصية للمرجحات المنصوصة وانها اعتبرت بما انها اقرب الى الواقع فيكون المرجح هو الاقرب الى الواقع . فحينئذ كلما يكون اقرب الى الواقع يقدم على غيره ولو كان الترجيح بالعناوين الطـارية كالضرر . قال الشيخ « قدس سره » في الجواهر بما حاصله ان بين الدليلين اي بين خبر معاوية بن عمار وخبر علي بن سليمان تعارض والترجيح بادلة الضرر (اقول) ما ذكره مبني على مـا عرفت من الترجيح بالاقربية فلا يرد عليه ما ذكره بعض بان ادلة الضرر حاكمة فكيف يقع الترجيح بها فقد عرفت انه لا مانع من الترجيح بالعناوين الطـارية مضافاً الى انه ليست حاكمة على الادلة الواقعية في موارد الضرر من غير فرق بين ان يكون الحكم المجعول على موضوع ضرري كوجوب اعطاء الخمس والزكاة مثلا ، وبين ان يكون الحكم دائما ضرريا كالحكم بضمان اليد والتلف لكونها خارجة عن مصب القاعدة وليس خروجها عنها من باب التخصيص لكى يلزم تخصيص الاكثر وانما هو من باب التخصص حيث ان الموضوع هو تضييق ما يكون قابلاً للاطلاق بنحو يكون المجعول له حالتان فما لم يكن فيه الحالتـان كما في مثل موارد الضرر خارج عن موضوع القاعدة وادعى بعض مشايخنا « قدس سره » بعد حمل اخبار عموم الخيانة على التصرف بمال بغير حق قال بين الدليلين اي خبر معاوية بن عمار وخبر علي بن سليمان (١) تعارض والترجيح لدليل الجواز لموافقته لعمومات التقاص ، ولكن لا يخفى ان حمل عمومات الخيانة على ما ذكره لا وجه له فحينئذ بين الدليلين تعارض ، وكما ان دليل الجواز موافق لعمومات التقاص كذلك دليل عدم الجواز

(١) الاستبصار باب من له على غيره مال فيجحده حـديث ٧ ص ٥٣ ج ٣ .

موافق لعمومات الخيانة فلذا قلنا بالترجيح بادلة الضرر . بل يظهر من بعض الاخبار رجحان التقاص في الوديعة كصحيح البقباق ان شهابا ما رآه في رجل ذهب له بالف درهم واستودعه بعد ذلك الف درهم قال ابو العباس فقلت له خذها مكان الالف التي اخذ منك فابى شهاب قال فدخل شهاب على ابي عبدالله (ع) فذكر ذلك له فقال (ع) اما انا فاحب ان تأخذ وتحلف » (١) ، فانها كما ترى تدل على رجحان التقاص واخبار النواهي مثل لا تخن من خانك وان خانك فلا تخنه، ولو حملت على الكراهة دالة على المرجوحية فيكون بينهما تعارض تباين، ولا يمكن الجمع بحمل اخبار النواهي على الكراهة ، اللهم إلا أن يقال باعراض المشهور عن رواية البقباق وثبوت ذلك محل اشكال .

فانقدح بما ذكرنا ان القول بالجواز هو الاقوى لعمومات الآيات والاخبار وخصوص بعض الاخبار ومع التعارض فالترجيح لأدلة الجواز بادلة الضرر وفاقاً لأكثر المتأخرين بل قيل انه المشهور .

الثانية : انه بعد الفراغ عن جواز الأقتصاص بما اودع عند المقتص ، فلو قصد الاقتصاص ولم يقتص بأن كان عنده مودعاً ما يكون قيمته مأتي درهم ويطلب مقدار مائة درهم فيحتاج الى بيعه في الاقتصاص ثم تلف قبل الاقتصاص هل يكون ضامناً له او لا ؟ ربما يقال بعدم الضمان استناداً الى استصحاب عدم الضمان وان يده كانت يد أمان لكونها وديعة ، وبعد نية الاقتصاص نشك في بقائها لاحتمال انه له الولاية على استيفاء دينه شرعاً فبسبب هذا الاحتمال تستصحب بقاء

(١) التهذيب في المكاسب اخبار التقاص حديث ١٠٠ ص ٢٤٧ ج ٦ وفي الاستبصار باب ٢٧ من له على غيره مال فيجحده حديث ٨ ص ٥٣ ج ٣ .

امانة يده . اللهم إلا ان يقال بأن هذا الاستصحاب من القسم الثالث وهو ما اذا كان الشك في بقاء الكلي مستنداً لحدوث فرد آخر بعد القطع بارتفاع ذلك الفرد المتيقن ، وقد قرر في محله عدم جريان الاستصحاب لكون المشكوك غير المتيقن المقطوع بارتفاعه . وعليه لا مانع من التمسك باطلاقات الضمان ، ولو جرى الاستصحاب لكان من قبيل استصحاب حكم المخصص كاستصحاب ثبوت الخيار لاثبات عدم فوريته بناءً على عدم كون الاطلاق متعرضاً للعموم الزماني مضافاً الى جريان اصالة عدم الولاية الحاكمة بالضمان . فاذاً الأقوى هو الضمان لأصالة عدم الولاية الموجبة لكون اليد غير امنية ، فهو اصل موضوعي للحكم بالضمان وموجب للدخول تحت عموم على اليد .

بقي الكلام في انه تجوز المقاصة بعد حكم الحاكم بناء على ماهو الحق من ان حكم الحاكم لا يغير الواقع بل هو باق على حاله ، فان ظاهر قوله (ص) : انما اقضي بينكم بالايمان والبينات (١) هو ذلك وانما هو حكم ظاهري يترتب عليه آثار الواقع بحسب الظاهر ولايرتفع الحكم الواقعي فهو على واقعه محفوظ وبعد حكم الحاكم بكون العين لزيد مع انها واقعاً لعمرو فلا تنقطع ملكية عمرو واقعاً فتجوز المقاصة حينئذ لانها من لوازم بقاء سلطنة المالك الاول وعدم انقطاع سلطنته بذلك . نعم بالنسبة الى حكم الحاكم استناداً الى اليمين المشهور عدم جواز المقاصة استناداً الى رواية ابن ابي يعفور عن ابي عبدالله (ع) اذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف ان لا حق له قبله

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٢ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعاوى ج ٣ الطبعة القديمة وفى التهذيب كتاب القضاء باب٨٩ كيفية الحكم والقضاء حديث ٣ ص ٢٢٩ ج ٦ الطبعة الحديثة .

ذهبت اليمين بحق المدعي فلا حق له وان كان عليه بينة عادلة قال : نعم ، وإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له حق وكانت اليمين قد ابطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه ، قال رسول الله (ص) : من حلف لكم بالله فصدقوه ومن سألكم بالله فاعطوه وذهبت اليمين بحق المدعي ولا دعوى له (١) ، وفي خبر خضر بن عمرو في الرجل يكون له على الرجل المال فيجحده قال ان استحلفه فليس له أن يأخذ منه شيئاً وان تركه ولم يستحلفه فهو على حقه (٢) وفي خبر عبدالرحمن ابن ابي عبدالله قال قلت للشيخ اخبرني عن الرجل يدعي قبل الرجل الحق فلا يكون له بينة بماله قال فيمين المدعى عليه فان حلف فلا حق له وان رد اليمين على المدعي فلم يحلف فلا حق (٣) الى غير ذلك من الاخبار . فهذه الاخبار كما ترى ، سيما خبر خضر ابن عمرو الدال على ان الحكم إذا استند الى اليمين ليس له المقاصة ، فلو لا ذلك لوجب العمل على مقتضى القواعد الاولية من عدم انقطاع سلطنة المالك ، وحيث انه على خلاف القاعدة لزم الاقتصار على القدر

(١) التهذيب كتاب القضاء باب ٨٩ كيفية الحكم والقضاء حديث١٦ ج ٦ وفي الفقيه باب ٢٤ بطلان حق المدعي بالتحليف وان كان له بينه ص ٣٧ ج ٣ الطبعة الحديثة .

(٢) الكافي كتاب القضاء باب من رضي باليمين فحلف له حديث٢ ص ٤١٨ ج ٧ وفي التهذيب باب ٨٩ كيفية الحكم والقضاء ح١٧ ج ٦ .

(٣) الفقيه باب ٢٦ الحكم باليمين على المدعي حديث ١ ص ٣٨ ج ٣ وفي التهذيب كتاب القضاء باب ٨٩ كيفية الحكم والقضاء حديث٦ ص ٢٢٩ ج ٦ والظاهر ان المراد من الشيخ هو الامام موسى ابن جعفر كما عن الصدوق .

المتيقن ولم يتعد منه الى ما كان الحكم بسبب البينة ، كما ان الظاهر من هذه الاخبار هو الاختصاص بالدين فلا يشمل ما لو استولى على العين. نعم لو كذب نفسه او أقر فربما يقال بجواز الاخذ مقاصة لعموم دليل الاقرار وان كان للمناقشة مجال بتقريب ان قوله فلا حق له نفي الحق فهو حاكم على دليل الاقرار .

ثم ان الظاهر من الاخبار أن يكون الدائن يعلم بثبوت حقه عند الغريم او البينة قامت على ثبوت حقه . واما لو لم يعلم وكان ثبوت الحق مقتضى الاصول العملية والغريم قد جحد الحق أو ادعى الوفاء فيشكل للدائن التقاص لو وقع مال المدين بيده ، واما لو ادعى على زيد بدين وهو يقول لا ادري باني مدين فمع علم الدائن يجوز المقاصة من مال المدين لو وقع في يده . واما مع احتمال الوفاء يشكل المقاصة من مال المدين ، كما ان ظاهر الاخبار ان الذي يقع المال في يد الدائن اذا كان مختصا للمدين ، فلو وقع مال مشترك بين المدين والغير فلا تجوز المقاصة منه إلا باذن الشريك لحرمة التصرف بمال الغير من دون رضاه ، وليس مثلما لو زاد حق المدين فانه يكون الزائد امانة شرعية يجب ردها الى المالك .

ثم ان الظاهر من الاخبار ان يكون الغريم جاحداً او عاطلا ، فلو كان ناسيا بحيث لو تذكر لا يجحد كونه مديناً لا يجوز المقاصة منه لو وقع ماله بيد الدائن ، وربما يقال بانه لو تذكر يجحد كونه مديناً ايضاً لا تجوز المقاصة منه لعدم صدق الجحود مع نسيانه للدين كما ان الجحود لا يصدق اذا كان الحياء او الخوف مانعا لمطالبة الدائن او كان المدين غائباً لا يعلم جحوده فان جميع ذلك لا تجوز المقاصة من مال المدين ، ثم ان المقاصة كما تحصل بالمباشرة تحصل بالتوكيل

فيجوز للدائن التوكيل لأخذ المقاصة من مال المدين ، وبدون الوكالة يشكل اخذ المقاصة لغيره ، واما اذا كان صاحب الحق مديناً لشخص فيجوز له ان يوكله في اخذ حقه من الغريم الجاحد مقاصة ثم يملكه عوضاً عن طلبه . واما الأذن باستيفاء دينه منه بعنوان المقاصة ففيه اشكال إذ يكون فعل واحد يحصل به تمليك الدائن ووفاء لدين المقتص له . اللهم إلا ان يقال بنفس استيلائه حصلت المقاصة ثم بذلك صار استيفاءاً ، ففي نفس الاستيلاء حصل الامران بنحو الترتيب ، ثم للحاكم الشرعي بحسب ولايته الشرعية له الاقتصاص من مال من عنده ولو في ذمته الزكاة والخمس ورد المظالم مع جحوده ومماطلته اذا لم يمكن اجباره على الاداء ، كما ان لآحاد الفقراء المقاصة من مال من عليه الزكاة مع جحوده اذا كان باذن من الحاكم الشرعي . نعم ليس لآحاد الفقراء المقاصة اذا لم يكن عندهم اذن من الحاكم الشرعي لعدم ملكية كل فرد بالخصوص وان كانوا مالكين باعتبار النوع ، ومثله لو اوصى بشيء للفقراء وكان الوصي أو الوارث جاحدا أو مماطلا ، وكذا في الوقف بالنسبة الى جحود المتولي او مماطلته فان في الجميع يحتاج آحاد الفقراء إذناً من الحاكم الشرعي ، واما بدون اذن الحاكم الشرعي فيشكل المقاصة لآحاد الفقراء وفاقاً للسيد (قدس سره) في ملحقات العروة (مسألة ٢٣) من فروع المقاصة ما لفظه : هل يجوز لآحاد الفقراء المقاصة من مال من عليه الزكاة وهو جاحد اولا ؟ الظاهر ذلك بأذن الحاكم الى آخره .

العاشرة : المال الذى لا وارث له فانه للامام (ع) للنصوص المستفيضة كمرسلة حماد عن ابي الحسن الاول (ع) قال الامام وارث

من لا وارث له (١) وعن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال : (يسألونك عن الانفال) (٢) قال قال من مات وليس له مولى فماله من الانفال (٣) وعن محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) قال من مات وليس له وارث من قبل ولا مولى عتاقه ضمن جريرته فماله من الانفال (٤) ، وعن ابان بن تغلب قال قال ابو عبد الله (ع) من مات لا مولى له ولا ورثة فهو من اهل هذه الآية (يسئلونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) (٥) واما ان الانفال للامام فقد صرحت به الأخبار ، فعن ابي الصباح الكناني قال قال ابوعبدالله (ع) نحن قوم فرض الله طاعتنا لنا الأنفال ولنا صفو المال الحديث وعن ابي عمير مثله وعن عبدالله بن سنان عن ابي عبد الله الى ان قال : واما الفيء والانفال فهو خالص لرسول الله (٦) ولا ينافي ذلك مارواه السري يرفعه الى امير المؤمنين (ع) في الرجل يموت ويترك مالا ليس له وارث ، قال فقال امير المؤمنين (ع)

---

(١) الوسائل كتاب الميراث باب ٣ ان من مات ولا وارث له من ابواب ولاء ضمان الجريرة والامام (ع) .

(٢) سورة الانفال آية ١ .

(٣) و (٤) و (٥) الاستبصار باب ١١٣ ميراث من لا وارث له دون الامام ص ١٩٦ وفي الوسائل كتاب الميراث باب ٣ من ابواب ضمان الجريرة والامام (ع) .

(٦) الوسائل كتاب الخمس باب ٢ من ابواب الانفال وما يختص به الامام (ع) .

اعط همشاريخه (١) اى اهل بلده ، وما رواه داود عمن ذكره من ابي عبد الله (ع) قال مات رجل على عهد امير المؤمنين (ع) لم يكن له وارث فدفع امير المؤمنين (ع) ميراثه الى همشاريخه (٢) لشذوذهما اولا وامكان حملهما على ان المال لما كان من الانفال الراجع الى الامام له ان يعمل به مايشاء ، وهذا مما لا اشكال فيه بالنسبة الى زمان الحضور وانما الكلام وقع بالنسبة الى زمان الغيبة فهل يجب صرفه الى الفقراء مطلقاً او فقراء اهل بلده او للشيعة مطلقاً ولو لم يكونوا فقراء او يجب دفنه ، اقوال لا يصار الى الاخير منها لكونه يعد ذلك اتلافاً له ، وقيل بالثالث مستدلا بأدلة التحليل ، وقيل بالثاني لما روى انه من مات وليس له وارث فميراثه لهمشهريخه يعني اهل بلده ، وقد افتى بهذا المضمون الصدوق قال انه متى كان الامام ظاهراً فماله للامام ، ومتى كان غائباً فماله لاهل بلده ، وينسب الأول الى المشهور ويشكل عليه بان ميراث من لا وارث له لما كان من الانفال حسب الاخبار المتقدمة فيشمله ادلة التحليل وبيان ما هو المختار يحتاج الى بيان ادلة التحليل ومقدار دلالتها فنقول ما يدل على التحليل خبر الحرث ابن مغيرة النضري قال دخلت على ابي جعفر (ع) فجلست واذا بنجية قد استاذن عليه فاذن

---

(١) و (٢) الاستبصار باب ١١٣ ميراث من لاوارث له حديث ٤ و ٥ ص ١٩٧ وفي الوسائل باب ٤ حكم مالو تعذر ايصال مال من لا وارث له الى الامام من ابواب ولاء ضامن الجريرة وفي نفس الباب محمد بن علي بن الحسين قد روى خبراً ان من مات وليس له وارث فميراثه لهمشهريخه يعني اهل بلده ، وبهذا المضمون افتى الصدوق بانه متى كان الامام ظاهراً فماله للامام عليه السلام ومتى كان غائباً فماله لاهل بلده .

له فدخل فجثا على ركبتيه وبعد سؤاله قال (ع) يا نجية إن لنا الخمس في كتاب اليه ولنا الانفال ولنا صفو المال الى ان قال اللهم انا قد احللنا ذلك لشيعتنا (١) ، وخبر ابي سيار يا أبا سيار الارض كلها لنا فما اخرج الله تعالى منها من شيء فهو لنا الى ان قال وكل ما كان في ايدي شعيتنا من الأرض فهم فيه محللون ومحلل لهم ذلك الى ان يقوم قائمنا (٢) الى غير ذلك من الاخبار الدالة على تحليل ماهو لهم الا ان ذلك لا يمكن الالتزام بظاهرها لاعراض الاصحاب عن ظاهرها بل الاتفاق على خلافها على انه مناف لغرض تشريع الخمس لبني هاشم وتحريم الصدقة عليهم مضافاً الى ان ادلة التحليل قاصرة عن شمولها لما كان من الانفال مما ليس بارض مثل الغنيمة بغير اذنه التي يغتنمها المخالفون وميراث من لا وارث له كما ان خبر الحرث لا يشمل الخمس من ارباح المكاسب ، إذ المراد بالخمس فى كتاب الله هو الغنائم فى دار الحرب ، وعليه لابد من حمل الخبرين السابقين على تحليل حقه في المال حين وقوعه في أيدي الشيعة من غير فرق بين كونه من الخمس ام من الانفال واقعاً في ايديهم او تحليل ما يشترى عن لا يعتقد الخمس ولا تدل على تحليل مطلق الخمس او حقه على انه روايات كثيرة تدل على وجوب الخمس من ارباح المكاسب وغيرها كخبر الطبري في جواب الرضا (ع) لمن سأله الاذن في الخمس (ان الخمس عوننا على ديننا وعلى عيالنا وعلى موالينا وما نبذله ونشتري من اعراضنا ممن نخاف سطوته الى ان قال وليس المسلم من اجاب باللسان وخالف

---

(١) و (٢) الوسائل كتاب الخمس باب ٤ من ابواب الانفال وما يختص بالامام (ع) .

في القلب (١) ، وخبره الآخر عنه اجاب عمن سأله وهم قوم من خراسان ان يجعلهم في حل من الخمس فقال ما امحل هذا تمحضونا المودة بالسنتكم وتزوون حقاً جعله الله لنا وجعلنا له وهو الخمس لا نجعل لاحد منكم في حل (٢) .

والتوقيع المروي عن محمد بن عثمان بسم الله الرحمن الرحيم لعنة الله والملائكة والناس اجمعين على من استحل من مالنا درهما الى ان قال فقلت في نفسي ان ذلك في كل من استحل محرما فأي فضيلة للحجة فو الله لقد نظرت بعد ذلك التوقيع فوجدته قد انقلب الى ما وقع في نفسي بسم الله الرحمن الرحيم لعنة الله والملائكة والناس اجمعين على كل من أكل من مالنا درهماً حراماً (٣) ، وفي ذيل خبر محمد بن جعفر الاسدي عن محمد بن عثمان العمري في جواب مسائله الى صاحب الدار(ع) من اكل من مالنا شيئاً فانه يأكل في بطنه ناراً وسيصلى سعيراً (٤) الى غير ذلك من الاخبار الكثيرة حتى ادعي تواترها المعتضدة بما يستفاد من حكمة تشريع الخمس وانه عوض الزكاة كما يظهر ذلك من سيرة وكلاء الامام الاربعة فانهم كانوا يقبضون فيها الاخماس ويعملون بأمره ، وما كان مثله من السنة ايضاً كاخبار كيفية قسمته وغيرها (٥) وعليه ترجح هذه الاخبار على اخبار التحليل فلا وجه للجمع بينها وبين هذه الاخبار بجعلها مقيدة لادلة التحليل بحملها على حال الاعواز في صحيحة

---

(١) و (٢) الوسائل كتاب الخمس باب ٣ من ابواب الأنفال الحديث ٢ ـ ٣ .

(٣) و (٤) الوسائل كتاب الخمس باب ٣ من ابواب الانفال حديث ٦ ـ ٧ .

(٥) الوسائل كتاب الخمس باب ١ من ابواب كيفية قسمة الخمس

علي بن مهزيار (١) أو حملها تحليل المناكح في خبر ابن ضريس (٢) وخبر أبي خديجة (٣) وتحليل ما يشترى ممن لا يعتقد وجوب الخمس في خبر يونس بن يعقوب (٤) او تحليل أرض الموات في خبر عمر بن يزيد (٥) على انه يشكل عليها بعدم صلاحيتها لتقييد رواية حكيم عن أبي عبد الله قلت له : (واعلموا انما غنتم من شيء فان لله خمسه وللرسول) قال علي والله الا فادوا يوما فيوم إلا ان جعل شيعتنا فى ذلك في حل ليزكوا (٦) وان امكن حمل هذا الخبر على العفو من دفع الخمس يوماً فيوم او غير ذلك لكي لا ينافي الأخبار الدالة على وجوب الخمس من ارباح المكاسب وغيرها ودعوى ان التحليل كان فى زمان الحضور دون الغيبة في غير محله اذ المستفاد من بعض أدلة التحليل الى يوم القيامة وفي بعضها فليبلغ الشاهد الغائب وفى بعضها لشيعتنا وابنائهم وفى بعضها الى ان يظهر امرنا . هذا والانصاف ان المستفاد من احاديثهم ما كان لنا فقد ابحناه لشيعتنا كي تطيب مناكحهم ومساكنهم فيما كان بايدي المخالفين مما فيه الخمس كالجواري التي كانت تؤخذ في الغنائم في حروب الاسلام وكارباح المكاسب وغيرها التي تحت ايديهم واحدها منهم مع علمنا بعدم تخميسه فانه لا يجب علينا تخميسه ، فما عدى ذلك من الاراضي مطلقاً المفتوحة عنوة او صلحا ومن كل ما هو راجع الى الامام سلام الله عليه من الانفال وغيرها من المنقول وغير المنقول وخصوص مال من لا وارث له الرجوع الى نائب الامام وهو الفقيه الجامع للشرائط أما بدفع العين له او المصالحة معه او اخذ الرخصة فيه والاحوط في خصوص صرف مال من لا وارث له الى فقراء البلد كما افتى بذلك الصدوق

(١) و (٢) و (٣) و (٤) و (٥) و (٦) الوسائل كتاب الخمس باب ٤ من أبواب الانفال وما يختص بالامام (ع) .

وليعلم أن اخذ الرخصة من الحاكم الشرعي إنما هو من باب التولية لا الولاية وفرق بينهما ، إذ التولية غير الولاية .

بيان ذلك هو أن التولية من شؤون من له السلطنة على ما هو مسلط عليه ، والتسليط اما بنحو الملكية او بنحو الولاية والولاية اعطاء سلطنة على اموال العباد والامام (ع) حسب ما عرفت له سلطنة على النفوس وعلى الاموال ، وقد استفدنا من الأدلة اي من المقبولة والمشهورة وغيرهما هو اعطاء سلطنة للفقيه على اموال الناس فالشارع اعطى الولاية للفقيه على اموال العباد ، واما بالنسبة الى اموال نفسه كالانفال ، وحق الامام إنما هو راجع الى شخص نفسه ومن مختصاته فلا يشمله دليل تلك الولاية إذ جعله قاضياً وحاكما بالنسبة إلى ما يرجع اليه العباد في امورهم لا في ما يملكه الامام (ع) ، فلو دل دليل من العقل والضرورة على جواز تصرف ما يختص بالامام للفقيه فانما هو من دليل خاص يدل على اعطاء الرخصة في تصرف ما يرجع اليه فيكون نظير تصرف المأذون في مال المالك وليس الاذن من قبيل الولاية ، ومن هنا سميناه تولية ، ومثل ذلك تصرف القيم في اموال الطفل فانه لما كان من شؤون الفقيه فهو من التولية ،ومثلها تولية الاوقاف من الواقف او من الفقيه بل وتصرف الوكيل كما قيل عبارة عن استنابة فى التصرف ، فما ادعاه بعض بأن تصرف الفقيه فى مال الامام من الولاية على مال الغائب في غير محله بعد فرض ان الامام اكمل الموجودات وهو موجود بضرورة العقل والنقل عجل الله فرجه فلا معنى للولاية عليه ، على ان ذلك نشأ من الخلط بين الولاية والتولية وقد عرفت الفرق بينهما فافهم وتأمل .

الحادي عشر : للحاكم الشرعي ولاية على اجبار الزوج للطلاق مع عدم قيامه بحقوق الزوجية في الانفاق وعدم وطئها اربعة اشهر او

اصيب بعنن بعد الوطء ، لما يستفاد من الآيات والاخبار . اما الآيات فقوله تعالى : « فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف) (١) وقوله تعالى : « فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف »(٢) وقوله تعالى : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان » (٣) فهذه الآيات كما ترى يستفاد منها بأن حياة الزوجية لابد ان يسلك الزوج أحد أمرين ، اما ان يقوم بحقوق زوجته او يطلقها . ودعوى ان الآيات لا يستفاد منها ذلك لكونها واردة في مورد تطليقه الثالثة ممنوعة . إذ ورودها في مورد خاص لا يوجب تخصيصها بذلك لان خصوصية المورد لا يخصص الوارد ، وأما الاخبار فقد وردت عدة روايات يستفاد منها ذلك كرواية إبن ابي عمير اذا كساها ما يواري عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها اقامت معه والا طلقها (٤) ، وصحيح الفضيل ابن يسار والربعي عن ابي عبد الله (ع) في قوله تعالى : (ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله) (٥) قال ان انفق عليها مايقيم ظهرها ، وفي رواية اخرى ما يقيم صلبها مع كسوة والا فرق بينهما (٦) الى غير ذلك من الاخبار المستفاد منها ان الزوج يجب عليه القيام بحقوق زوجته او يفكها ، واما لو امتنع الزوج من الطلاق مع اجبار

(١) سورة البقرة آية ٢٣١ .

(٢) سورة الطلاق آية ٢ .

(٣) سورة البقرة آية ٢٢٩ .

(٤) الوسائل الباب الأول من أبواب النفقة حديث ٢ .

(٥) سورة الطلاق آية ٧ .

(٦) التهذيب كتاب النكاح باب الزيادات حديث ٦١ ج٧ ص٤٦٢ الطبعة الحديثة .

الحاكم الشرعي له فهل للحاكم الشرعي اجراء صيغة الطلاق لو طلبت الزوجة ذلك او لا ؟ وقد استفيد من الآيات المذكورة والأخبار عموم ولاية الحاكم الشرعي للممتنع من القيام بحقوق زوجته إلا ان الظاهر له اجراء صيغة الطلاق مباشرة او تسبيباً في خصوص الانفاق . لما روى عن ابن ابي بصير قال سمعت أبا جعفر (ع) يقول من كانت عنده امرأة فلم يكسها مايواري عورتها ويطعمها مايقيم صلبها كان حقا على الامام ان يفرق بينهما (١) الى غير ذلك من الأخبار المستفاد منها ان الزوج يجب عليه القيام بأحد الأمرين أما قيامه بحقوق زوجته او يفكها ، وإلا الامام يفرق بينهما . ودعوى ان ذلك مخالف لاخبار المفقود عنها زوجها حيث انها صريحة في انها تؤجل اربعة سنين لكى يتفحص عنه فان لم يجد له اثراً أمر الوالي وليه ان ينفق عليها ، فان انفق عليها فهي امرأته كما هو مفاد خبر يزيد بن معاوية عن أبي عبد الله (ع) عن المفقود كيف يصنع بأمرأته ؟ الى ان قال دعي ولي الزوج المفقود فقيل له هل للمفقود مال ؟ فان كان للمفقود مال انفق عليها ، حتى يعلم حياته من موته ، وان لم يكن له مال قيل للوالي انفق عليها ، فان فعل فلا سبيل لها ان تتزوج ما انفق عليها (٢) ، وبهذا المضمون عدة روايات تدل على انه لا تطلق عند عدم الانفاق إلا بمضي اربع سنين ورفع أمرها الى الحاكم الشرعي فيتفحص عنه وحينئذ لو طلبت الزوجة الطلاق يطلقها الحاكم الشرعي او يأذن بطلاقها .

---

(١) الفقيه باب ١٣١ حق المرأة على الزوج حديث (٥) ج٣ ص٢٧٩ .

(٢) الوسائل كتاب الطلاق باب ٢٣ وفي التهذيب كتاب النكاح باب الزيادات حديث ١٣ ص٤٧٩ الطبعة الحديثة .

وبالجملة هذه الأخبار تخالف ذلك الحكم الكلي الذي عرفت ان بقاء الزوجية تحصل بأمرين لا ثالث لهما ، ولكن لا يخفى ان هذه الأخبار لا تعارض تلك الأخبار حيث انها في مقام هجر الزوجة وترك حقوقها الواجبة عليه ، وهذه الأخبار في المفقود عنها زوجها فهما موضوعان مختلفان فلذا يختلفان حكماً . ودعوى ان هذه الكلية وان كانت مستفادة من الآيات والأخبار ذلك إلا انه لا يستفاد منها ان للحاكم الشرعي ولاية على الطلاق بعد اجبار الزوج الممتنع من اداء الحقوق الواجبة عليه حيث ان المستفاد ان ولاية الطلاق للزوج فقط لقوله (ص) : (الطلاق بيد من اخذ بالساق) (١) لاستفادة الحصر من المسند اليه المعرف باللام ومحل منع إذ الحاكم الشرعي لما كان ولي الممتنع فمع امتناع الزوج تتحقق ولايته بعد طلب الزوجة للطلاق ولو سلم فقد وردت روايات تدل على انه لو امتنع الزوج من الانفاق وترك الوطيء اربعة اشهر فللحاكم الشرعي الطلاق لو طلبته الزوجة ، اما الانفاق كصحيحة ابن أبي بصير (المرادي) قال سمعت أبا جعفر (ع) يقول من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يواري عورتها ويطعمها مايقيم صلبها كان حقاً على الامام ان يفرق بينهما (٢) نعم ربما يقال بأن ذلك مختص بما اذا كان موسرا ، اما اذا كان معسرا فليس للحاكم الشرعي مباشرة الطلاق لو طلبت الزوجة ذلك لما ورد عن امير المؤمنين (ع) حيث

---

(١) المستدرك كتاب الطلاق باب ٣٥ وفي الخلاف كتاب الطلاق ج٢ ص٢٢٣ وفي الجواهر والحدائق فى مسألة عدم صحة طلاق الولي عن الصبي .

(٢) الوسائل كتاب النكاح باب (١) وجوب نفقة الزوجة من ابواب النفقة حديث ٣ .

قال اذا امرأة استعدت على زوجها على انه لا ينفق عليها وكان زوجها معسرا فأبى عليه السلام ان يحبسه وقال إن مع العسر يسرا (١) ، ولكن لا يخفى ان هذه الرواية لا تعارض ما ذكرنا إذ لم تكن الزوجة في مقام طلب الطلاق وإنما هي تطلب الانفاق من زوجها وهو معسر وحيث انها تملك على زوجها الانفاق فتكون ممن جاء الى الحاكم الشرعي مطالباً بدينه من غريمه ولذلك فرع الراوي بقوله فأبى ان يحبسه فقال عليه السلام (ان مع العسر يسرا) كما قد روي (انفاه وهو ان يراجع الى الجماع والا حبس في حضيرة من قصب وشدد عليه في المأكل والمشرب حتى يطلق) (٢) ، وقد روي (انه متى امره امام المسلمين بالطلاق وامتنع ضُرب عنقه لامتناعه على امام المسلمين) (٣) ولما روي في ذيل خبر سماعة (انه بعد الاربعة اشهر فان أبى فرق بينهم الامام) وفي بعضها (حتى يفرق بينهما) (٤) وقال (ع) (اذا مضت اربعة اشهر ووقف قلت من يوقفه ؟ قال (ع) الامام) (٥) فالمستفاد من ذلك ان ترك الوطيء اربعة اشهر موجب لسلوك أحد الطريقين اما ان يرجع وان امتنع يحبس ومع طلب الزوجة الطلاق يجبره الحاكم الشرعي عليه

(١) التهذيب كتاب القضاء باب الزيادات حديث ٤٤ ج٦ ص٢٩٩

(٢) و (٣) الوسائل كتاب الايلاء باب ١١ إن المولى اذا ابى ان يطلق بعد المدة ولم يف حبسه الامام من ابواب الايلاء حديث ٤ وفي الفقيه باب الايلاء حديث ٢ ج٣ ص٣٣٩ .

(٤) الوسائل كتاب الايلاء باب ٩ ان المولى يجبر بعد المدة على ان يفي او يطلق .

(٥) الوسائل كتاب الايلاء باب ٨ ان المولى يوقف بعد اربعة اشهر من حين الايلاء .

ومع امتناعه للحاكم الشرعي ايقاع الطلاق لتسلك الزوجة طريقها في هذه الحياة ، ودعوى انه لا يستفاد من هذه الروايات تلك الكلية لورودها في الايلاء فتكون اخص من المدعى في غير محلها إذا المورد لا يخصص الوارد . واما العنن بعد وطيء الزوجة مرة واحدة وتركها اربعة اشهر فهل للحاكم الشرعي ان يجبر الزوج على الطلاق وعند امتناعه يتولى الطلاق بنفسه لو طلبته الزوجة ؟ فنقول ان استفدنا الحكم الكلي من تحقق ولاية الحاكم الشرعي على اجراء الطلاق لتحقق ولايته على الممتنع من غير فرق بين الانفاق وغيره كما هو كذلك في كثير من الموارد الرجوع الى الحاكم الشرعي ، مثلما لو تزوج رجل بالاختين ولم يعلم السابق واللاحق منهما وجهل تاريخهما يحرم عليه وطئهما او وطيء احدهما إلا بعد طلاقهما ، فان امتنع الزوج من الطلاق فهل يجبر على الطلاق لضرر الصبر عليهما ؟ قال السيد في العروة لا يبعد ذلك لقوله تعالى (فأمساك بمعروف او تسريح بأحسان) (١) الى ان قال (قده) وقد يقال ان للحاكم ان يفسخ نكاحهما ، وهكذا فروع كثيرة يستفاد منها ان الحاكم الشرعي هو المرجع في مثل هذه الأمور لو وقعت بحضوره ، وعليه يكون المقام داخلاً تحت الحكم الكلي الذي فتح باب الطلاق ويتولاه الحاكم الشرعي بعد امتناع الزوج من اجرائه بعد امتناعه من وطئها اربعة اشهر ولكن لا يخفى ان العنن ليس من ذاك القبيل لما روى انه من أتى امرأة مرة واحدة ثم اخذ عنها فلا خيار لها (٢) .

وعن غياث الضبي عن أبي عبد الله عليه السلام الى ان قال واذا

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٩ .

(٢) الاستبصار باب حكم العنن حديث ٥ ص٢٥٠ الطبعة الحديثة ج٣

وقع عليها دفعة واحدة لم يفرق بينهما (١) فيخرج المقام من ذلك الحكم الكبروي تخصيصا على انه يمكن ان يقال ان مسألة المفقود ليس من قبيل ترك وطئها اربعة اشهر في العنن حيث انها محرومة من جميع الجهات أي حتى من المضاجعة وباقي الاستمتاعات بخلاف العنن فانها محرومة من الايلاج فقط مع تحقق بقية الاستمتاعات فكم فرق بين المسألتين :

« لا ضرر »

ثم انه قد استدل على ذلك بقاعدة لا ضرر بدعوى ان الزوجة مع عدم الانفاق عليها لغيبة الزوج وعدم معرفة مكانه ولم يكن عنده مال ينفق عليها او لا يعطي عصيانا وكان ذلك زمانا طويلاً يوجب تضرر الزوجة من عدم جواز طلاقها فيتمسك بقاعدة لا ضرر لرفع عدم جواز طلاقها إلا لمن اخذ بالساق . لحكومة هذه القاعدة على الأدلة الواقعية كما قد يقال بثبوت الضمان فيما اذا كان عدم الضمان ضرراً على شخص بتقريب ان عدم الحكم لما كان ضررياً فيرفع بهذه القاعدة كما قيل في الضمان في بعض الموارد استناداً إليها كفك الباب على دابة فهربت وتلفت أو على طير فطار او يحبس الحر فتهرب دابته أو طار طيره او أبق عبده مما يكون الحكم بعدم الضمان موجبا لضرر المالك ، بل ربما يقال ان نفس عدم جعل الحكم في الموضوع القابل للجعل بمنزلة جعل العدم ، كما يمكن ان يقال بأن حديث لا ضرر يجري لرفع لزوم النكاح لكون لزومه وعدم الاخلال من جانبها بحقوق الزوج في حال كون الزوج غير قادر على القيام بحقوقها يكون ضرراً فيكون منفياً بهذا الحديث ، ونتيجة

(١) نفس المصدر السابق الا ان الحديث ٦ ج٣ .

ذلك تكون الزوجة لها فسخ النكاح كما هو كذلك بالنسبة الى جريانها لرفع لزوم البيع على المغبون فينتج من ذلك ثبوت خيار في البيع ولكن لا يخفى ، اما بالنسبة الى لزوم النكاح فانما يكون لزوماً حكميا بمعنى ان الشارع قد حكم عليه بانه لا خيار فيه لأحد المتعاقدين ، فاشتراط الخيار في مثل ذلك مخالفاً للحكم الشرعي فلا يكون نافذا وبذلك لا تلاحظ الاحقية فيه وان تضمنها بخلاف البيع فان اللزوم فيه لزوم حقيقي جاء من العقد والتعاقد من كل منهما على ما اوقعاه فلا يكون اللزوم ذاتياً في البيع فلذا لا يحصل اللزوم فى المعاطاة من دون عقد لعدم كونه ن مقتضيات ذاتها بل لكل منهما الرجوع فيما اوقعه كما يكون اللزوم ذاتيا فيما تقتضيه ذات المعاملة كما في لزوم الرهن على الراهن ، فان عدم لزومه عليه ينافي حقيقة الرهن الذي هو جعل الوثيقة عند الطرف الآخر . وبالجملة النحو الاخير والاول يشتركان في عدم دخول الخيار وان اختلف سببه فاشتراط الخيار مناف لمقتضى ذاته في الاخير ولمنافاته لحكم الشارع في الاول بخلاف النحو الثاني فانه لا مانع من اشتراط الخيار فيه ، لعدم كونه منافيا لذات المعاملة لتخلفه في المعاملة المعاطاتية . كما انه لا يكون منافياً للتعاقد عليها . نعم يكون منافيا لاطلاق التعاقد وهذا جار في كل شرط فانها تكون منافية لاطلاق الشرط لا لذات المشروط ، ومع الاغماض عما ذكر فقد قام الاجماع على عدم دخول الخيار في عقد النكاح إلا من الطرق الخاصة المنصوص عليها في عيوب الرجل والمرأة ، وقد ذكر في الجواهر بان سر ذلك هو شائبة العبادة التي لا يدخلها الخيار ، واما بالنسبة الى اجبار الزوج على الطلاق فيمنع استفادة ذلك من قاعدة لا ضرر . وبيان ذلك يحتاج الى معرفة مفادها والظاهر ان مفادها نفي الحكم الضرري بمعنى ان كل حكم يستلزم ضرراً

او حصل من قبل جعله ضرر على العباد فهو مرفوع وهذا الرفع إنما هو رفع حقيقي اذ لا وجود للحكم الضرري لو كان إلا في عالم التشريع وقد فرض انه رفع بهذا الحديث كما هو ظاهر كلمة (لا) النافية للجنس إذا كان مدخولها نكرة ، وعليه يكون الرفع رفعاً تشريعياً حقيقيا لا ادعائيا لما هو معلوم من ان الأحكام الشرعية ليست موجودة إلا فى عالم التشريع فمن رفعها في عالم التشريع ترتفع حقيقة لا ادعاء بخلاف ما لو قلنا بأن الرفع توجه الى الموضوع باعتبار رفع حكمه فان يكون رفعه ادعائيا لعدم رفع الموضوع حقيقة كما هو كذلك بالنسبة لقوله لاشك لكثير الشك صونا للكلام عن الكذب وانما يصار اليه حيث لا يمكن الرفع الحقيقي ويكون الرفع في مثله ادعائي على نحو المجاز . ودعوى ان الرفع لو كان تشريعياً كما استظهرناه من (لا) النافية للجنس ايضا يكون النفي على نحو المجازية إذ المراد نفي الحكم الذي ينشأ من قبله الضرر فاستعمال الضرر في مسببه يكون من قبيل استعمال السبب وارادة المسبب وذلك لا يكون إلا على نحو التجوز ممنوعة إذ لو اريد النحو الاول اي نفي الحكم برفع الموضوع فالمراد من الضرر هو الضرر الخارجي ولا يمكن رفعه فلابد من ان يراد من رفعه هو سببه حفظاً للكلام عن الكذب وفي النحو الثاني الذي هو رفع تشريعي حقيقي يراد من الضرر الضرر الذى ينشأ من قبل الحكم فيكون المرفوع حقيقة نفس الحكم وبرفعه يرتفع ما ينشأ منه وبعبارة اخرى نفس ما ينشأ منه يوجب تعنونه بعنوانه ويكون نفس الحكم بهذا الاعتبار ضررياً وقد عرفت انه مما يمكن رفعه تشريعا إذ ليس له وجود إلا في عالم التشريع .

إذا عرفت ذلك فاعلم ان قاعدة لا ضرر لا تشمل ما لم يكن الحكم مجعولاً من قبل الشارع ففي مثل ما لو كان العدم ضرريا لا تشمله

تلك القاعدة لا من جهة كون العدم غير قابل للجعل لكي يقال بامكان جعله في مرحلة بقائه بل لعدم جعل حكم فيه وكون نفي النفي اثبات لا يوجب جعل الحكم فيه ، واما ما ذكر من الفروع وامثالها ان كان الضمان مستنداً الى اليد والتلف ونحوهما من اسباب الضمان فهو والا فالقول بالضمان استنادا الى قاعدة لا ضرر محل منع لما عرفت انها ترفع الاحكام المجعولة من قبل الشارع وتقيدها بعدم كونها ضررية ، وبهذا تكون حاكمة على تلك الاحكام بالحكومة الواقعية بان يكون التضييق في جانب المحمول من غير فرق بين كونه حكما وضعيا او حكما تكليفيا بلا تصرف في ناحية النسبة بين الموضوع والمحمول لكي يكون تخصيصا فلذا لا تلاحظ النسبة بين دليل الحاكم والمحكوم من كونه بنحو العموم والخصوص من وجه لكي يقع التعارض في مورد الاجتماع إذ التعارض فرع وحدة القضيتين بحسب الموضوع والمحمول وانما الاختلاف بينهما بالايجاب والسلب ولا تعارض بين دليل الحاكم والمحكوم لكون لسان احد القضيتين هو التصرف في موضع القضية الاخرى او في محمولها وهذا هو الوجه من دعوى الجمع العرفي كما ادعاه صاحب الكفاية (قده) .

وبالجملة ان مفاد الحديث رفع الحكم الضرري المجعول من قبل الشارع ونفيه مطلقا ، وبهذا المعنى يكون حاكما على الادلة الواقعية المثبة للأحكام كما هو كذلك بالنسبة الى السلطنة فيما كان التصرف ضرريا لما هو معلوم ان السلطنة من الاحكام المجعولة فحالها حال الاحكام الشرعية المجعولة على موضوعاتها فكما تكون القاعدة حاكمة على ادلة سائر الاحكام كذلك تكون حاكمة عليها من غير فرق ان تكون السلطنة مستلزمة للضرر على الغير ام لا غاية الامر يكون ضامنا للضرر

الوارد على الغير اذ حصل ذلك بفعله واتلافه ، كما انه لو كان له نفع فيه ولكن ليس في تركه ضرر عليه فان قاعدة لا ضرر تحكم على قاعدة السلطنة اذ السلطنة حكم شرعي وضعي على الاموال بعناوينها الاولية وقد عرفت ان لا ضرر حاكمة على الادلة الاولية الا ان الشيخ الانصاري (قده) ادعى ان عدم جواز تصرف المالك في ماله فيما إذا كان التصرف ضرريا بالنسبة الى الغير ولم يكن تركه ضررا على نفسه وكان فيه نفع للمالك فمثل هذا التصرف وحرمته حرجيا للمالك اذ عدم قدرة المالك على التصرفات النافعة حرج عليه فيقع التعارض بين قاعدة الضرر وقاعدة الحرج وهي حاكمة على لا ضرر ومع فرض عدم الحكومة تكون القاعدتان متعارضتين فيتساقطان والمرجع قاعدة السلطنة ، وقد نفى بعض مشايخنا التعارض بين القاعدتين إذ مفاد لا ضرر نفي السلطنة مع كونها ضررية ونفيها على تقدير كونه حرجيا امر عدمي ولا يرتفع بلا حرج لكي يقال ان نفي النفي اثبات فيرجع الى بقاء السلطنة فيقع التعارض وذلك من جهة ان مفاد لا حرج نفي الحكم الموجود الذي يكون حرجيا لا اثبات حكم لرفع الحرج ، ولكن لا يخفى ان مورد الحرج في المقام حرمة ذلك التصرف النافع للمالك الموجب لاضرار الغير وهذه الحرمة حكم ثابت فيرفع بلا حرج مع ارتفاع جواز التصرف بلا ضرر مما لا يجتمعان فيقع التعارض بين القاعدتين ومع تساقطهما فالمرجع قاعدة السلطنة . هذا بناءاً على اطلاق دليل السلطنة فيما كان التصرف يوجب الاضرار واما لو قلنا بعدم اطلاقها فالمرجع الاصول العملية وفي المقام هي البراءة

وكيف كان فعلى الوجهين من مفاد القاعدة لا ضرر تقدم على الادلة الواقعية بنحو الحكومة إلا انهما يفترقان بحسب الآثار كما ذكر في دليل الانسداد من لزوم الاحتياط بالجمع بين المحتملات في اطراف المعلوم

بالاجمال فانه يحكم بالاحتياط بحكم العقل فان قلنا بان مفادها نفي الحكم بلسان نفي الموضوع فلا يوجب ارتفاعه فانه وان كان الاحتياط ضرريا إلا ان وجوبه عقلي ليس من المجعولات الشرعية حتى يرتفع برفع موضوعه فى عالم التشريع وان قلنا بما استظهرناه من ان مفادها نفي الحكم الضرري فيمكن ان يقال ان الضرر لما نشأ من قبل الاحكام المجهولة فترتفع فلا يبقى موضوع لحكم العقل بوجوب الاحتياط .

وبالجملة الثمرة تظهر بين الوجهين في كل مورد لا يكون موضوع الحكم ضرريا ولكن نفس الحكم يكون ضرريا كما هو كذلك بالنسبة الى المعاملة الغبنية فان الضرر يتأتى من قبل لزوم المعاملة واللزوم حكم شرعي ، ودعوى ان مفادها النهى عن ايجاد ضرر الغير او مطلقا حتى على النفس لكى يكون مساقها مساق قوله تعالى : (لا رفث ولا فسوق فى الحج) (١) لكي يكون مفاد القاعدة هو حرمة الضرر كقوله (ص) (لا سبق إلا في خف او حافر او نصل) (٢) او يدعي بان المراد من الضرر المنهي عنه هو الضرر غير المتدارك بمعنى ان الشارع ينهى عن الضرر غير المتدارك ، ومرجعه الى ان الضرر المتدارك منزل منزلة العدم فيكون النفي بمعنى النهي اي الضرر غير المتدارك منهيا ايجاده ، وهذا كناية عن وجوب تداركه ، وعليهما لا تكون هذه القاعدة حاكمة على الادلة الواقعية ممنوعة إذ ذلك خلاف ظاهر كلمة (لا) حيث انها ظاهرة في النفي كما ان الرفع ظاهر في الرفع التشريعي اي رفعا في مقام التشريع فلا ربط له بالضرر الخارجي لكي يتوهم ان النفي بمعنى النهي في الوجهين والا يلزم الكذب فيهما على ان لازم كلمة (لا) للنهي

---

(١) سورة البقرة آية ١٩٢ .

(٢) الوسائل كتاب السبق والرماية باب ٣ حديث ١ ـ ٢ ـ ٤ .

يلزم حمل الحديث على الجملة الخبرية لا على الانشاء وهو خلاف ظاهر تلك الجملة ، على أن ظاهر الرفع هو الرفع التشريعي اذ لا معنى لان ينشأ الرفع التكويني لمنافاته لمقام الشارعية لخروجه عن وظيفته مضافا الى ان هذه القاعدة واردة في مقام الامتنان كما يستفاد من قوله (ص) (انت رجل مضار) بعد اصرار الرجل على الضرر ثم عقبه (ص) لا ضرر ولا ضرار هذا ولم يبق لنا البحث عن هذه القاعدة إلا الاشكال عليها فى انها لا تشمل مواردها ، وقد ذكرنا في منهاج الأصول ان مواردها المذكورة فى الروايات اربعة : الاول ما عن ابن بكير عن زرارة عن ابى جعفر (ع) قال ان سمرة بن جندب كان له عذق فى حائط لرجل من الانصار وكان منزل الانصاري بباب البستان فكان يمر به الى نخلة ولا يستأذن فكلمه الانصاري ان يستأذن اذا جاء فابى سمرة فلما تأبى جاء الانصارى الى رسول الله (ص) فشكا اليه وخبرهُ الخبر فأرسل اليه رسول الله (ص) الى ان قال (ص) للأنصاري اذهب فاقلعها وارم بها اليه فانه لا ضرر ولا ضرار (١) .

الثاني ما ورد في باب الشفعة عن عقبة بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام قال (ع) قضى رسول الله (ص) بالشفعة بين الشريكين في الارض والمساكن وقال لا ضرر ولا ضرار (٢) .

الثالث ما ورد في فضل ماء كما عن عقبة بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام في انه قضى رسول الله (ص) بين اهل المدينة في مشارب النخل انه لا يمنع نفع الشيء وقضى (ص) بين اهل البادية انه لا

---

(١) الوسائل كتاب احياء الموات باب ١٢ عدم جواز الاضرار بالمسلم .

(٢) التهذيب باب ١٤ الشفعة حديث ٤ ص١٦٤ .

يمنع فضل ماء ليمنع فضل كلاء .وقال (ص) لا ضرر ولا ضرار (١)

الرابع : ما عن دعائم الاسلام في مسألة جدار الجار عن ابي عبد الله عليه السلام انه لو هدم جدار جاره ولم يسقط هو أو اراد أن يهدمه قال (ع) (لا يترك وذلك ان رسول الله (ص) قال لا ضرر ولا ضرار

ولا يخفى أن هذا الاشكال لا يرد على ما سلكه الاستاذ العراقي قدس سره من انها سيقت للحكاية على نفي الأحكام الضررية الناشئة من امور ثابتة من الخارج فيكون حالها كحال كل شيء حلال في رواية مسعدة المشتمل ذيلها على اليد والاستصحاب واصالة الحل فلم يكن مفادها تأسيس حكم في قبالها . فعليه لا تكون صالحة للحكومة على الأدلة الواقعية ، وعليه يكون وجه تطبيقها هي عبارة عن كونها حاكية عن أن كل مورد من تلك الموارد فيه دليل يضاهي تلك القاعدة فلم يكن المدرك في تلك القواعد نفس القاعدة ، وانما المدرك غيرها وتكون القاعدة مؤيدة للدليل الموجودفي المدرك ، وقد ذكرنا تلك الموارد وبينا تأييد القاعدة للأدلة الموجودة فى تلك الموارد في تقريرات بحثه . نعم يرد الاشكال على ما استظهرناه من ان القاعدة سيقت لرفع الحكم الشرعى في مقام التشريع وحله اما بالنسبة الى قضية سمرة هو ان تقديم حق الانصاري انما هو لحفظ غرضه من جهة اهميته بنظر الشارع كما هو قضية باب التزاحم ، واما من جهة عدم جواز فضل منع الماء فانما هو لاجل تقديم رفع ضرر اهل البادية ومشارب النخل لاهل المدينة فهو من باب الاهمية ، حيث انه اهم من حفظ حق الاولوية المتحققة لصاحب الماء ومالكه ، واما قضية الشفعة فليس جعل حق الشفعة ضرراً

(١) الوسائل كتاب احياء الموات باب ٧ كراهة بيع فضول الماء والكلاء .

لا على البائع ولا على المشتري ، أما البائع فلعدم الفرق له بين ان يكون المبيع بعد انتقاله عنه ملكا للشفيع بواسطة اخذه بحق الشفعة أو يكون ملكا للمشتري ، واما المشتري فقد اقدم على شراء ماله من أول الامر بنحو يصير متعلقاً بحق الغير بمحض اشترائه ، واما قضية الجدار فعدم جواز هدمه ووجوب بنائه عليه او هدمه وانــه لا يترك فلأجل اهمية حق المهدوم على حق الهادم خصوصاً اذا لزم هتك عرضه وامواله وان شئت تفصيل هذه القاعدة فراجع كتابنا الجزء الرابع من منهاج الاصول . هذا كله لو ترك الزوج حقوق زوجته . واما الكلام في ان للزوجة ترك حقوق الزوج عند امتناعه عن القيام بحقوقها وجهان مبنيان على ان هل بين الحقين معاوضة اي حق الزوج وحق الزوجة ، ام ليس بينهما معاوضة بمعنى على ان كل منهما يجب القيام بوظيفته المقررة من الشارع المقدس من دون معاوضة بينهما والظاهر انــه لا معاوضة بين الحقين لأن اخبار الحقوق انما هي في بيان ان الكل واحد من الزوجين حقوقاً على الآخر من دون معاوضة . نعم ربما يقال باستفادتها اى المعاوضة من قوله تعالى : (الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا) (١) ولكن لا يخفى ان المعاوضة على تقدير تسليمها ليست بين التمكين والاستمتاع وبين النفقة بل يمكن ان تكون بين المهر وبين التمكين والاستمتاع على انه لو سلمنا المعاوضة بين النفقة والتمكين كما ورد ذلك في بعض الروايات وفي البعض الآخر بين النفقة والمهر ، فحينئذ يراد من المعاوضة الأعم منهما ولكن الأعمية لو سلمت فانها بالنسبة الى القوامية ، بنحو الحكمة لا العلة ، على انه لو استفدنا العلية كما هو ليس ببعيد لمكان باء السببية إلا ان ذلك ،

---

(١) سورة النساء آية ٣٣ .

يوجب المعاوضة بين الاستمتاع والتمكين وبين الانفاق لا المعاوضة بين القوامية التي هي سنخ الولاية وبين الانفاق ، وعليه يكون بذل النفقة بالنسبة الى القوامية بنحو الحكمة لا العلة ، فلو قصر الزوج في حقوق زوجته فلا حق للزوجة في التقصير عن حقوقه ماعدى الانفاق ويجب عليها القيام في الباقي من حقوقه كما يجب عليه هو القيام بحقوقها .

وبالجملة المعاوضة لو سلمت فانمـا هي بين الانفـاق والتمكين ، واما بالنسبة الى القوامية التي هي سنخ من الولاية فانما أخذت النفقة فيها بنحو الحكمة في الآية لا المعاوضة لما هو معلوم ان القوامية من سنخ الولاية فتكون من الأحكام غير قابلة للمعاوضة .

وعليه لم تكن الآية دالة على المعاوضة بين القوامية والانفاق لكي يستفاد منها انه لو قصر الزوج في حقوق زوجته يجوز لها التقصير في حقوقه . نعم ربما يستفاد من بعض الأخبار المعاوضة ولكن في خصوص التمكين والانفاق فيجوز لها التقصير في خصوص ذلك لا مطلقاً ، ولكن الانصاف انه هناك من الآيات ماهو اوضح دلالة من هذه الآية وهي تدل على المعاوضة وهي قوله تعالى : (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) (١) بتقريب عموم المثلية ومكان اللام المفيد للتمليك .

الثاني عشر : في حق الامام ارواحنـا فداه : لا يخفى انه وقع الكلام فيه على اقوال كثيرة قول يعز له او يودعه ويوصي به عند موته حتى يصل الى الامام ، وقول يدفنه ، وقول ثالث بالتخيير بين العزل والدفن ، ورابع لفقراء الشيعة وان لم يكونوا من السـادة ، وخامس للمحاويج من الذرية . وفي الجواهر قوّى اجراء حكم مجهول المالك عليه ولكل من هذه الاقوال استدل بدليل لا يخلو عن نظر .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

والذي ينبغي ان يقال هو ان هذا الحق ملك للامام ومن مختصاته ويشكل التصرف فيه إلا ان يحرز رضاه وتشخيص احراز رضاه صار منشأ لاختلاف الاقوال ، فمع احراز رضـاه جاز للمالك تولى ذلك وصرفه بنفسه من دون مراجعة الحاكم الشرعي ، ودعوى انه يستفاد من دليل الولاية للحاكم الشرعي التصرف في مال الامام في غير محله ، فان أدلة الولاية مثل قوله : (جعلته قاضياً او حاكماً) لا تشمل ماكان ملكاً للامام فان للامام سلام الله عليه سلطنتين سلطنة متعلقة بامواله تستفاد من قوله (ص) : « الناس مسلطون على اموالهم » ، وسلطنة اخرى على اموال الناس والامام اعطى الولاية للعلماء في سلطنتهم على اموال الناس ، فدليل الولاية للحاكم الشرعي لا تشمل ماكان من مختصـات الامام ، فلو استفدنا من الادلة بانه يلزم مراجعة الحاكم الشرعي فيها فهو من باب التولية التي هي من شؤون سلطنة الامـام على ماهو ملك من املاكه .

وكيف كان حيث ان حصول رضى الامام بالنسبة الى حقه مختلف بنظر العلماء فمنهم من خصه بالسادة الفقراء ، ومنهم من عممه لمطلق الفقراء ، ومنهم من يحفظه للامام ويوصي به ولذا يلزم مراجعة من يقلده فى ذلك إذ هي مسألة من المسائل يجب على المقلد تقليد من يرجع اليه ، فالرجوع الى المقلد لاحراز رضى الامـام ، وحينئذ مع العلم برضاه يكون ذلك الصرف إيصالاً الى الامام ، ولا يجري على حق الامام حكم مجهول المالك كما يظهر من الشيخ « قدس سره » في الجواهر بدعوى ان المناط في مجهول المالك هو مجهول التطبيق ولو كان معلوم النسب واستفاد ذلك من النصوص الواردة في التصدق بمجهول المالك ، فان هذه الدعوى ممنوعة لان تلك النصوص موردها ما يتعذر الايصال

الى المالك ، وفي المقام العلم بالرضى يحقق الايصال ، ومعه يكون التصرف به على ذلك النحو اقرب من التصدق . فحينئذ لا يمكن التعدي من تلك النصوص الواردة في مجهول المالك الى حق الامام الذي هو من مختصاته ويحتاج الايصال اليه بالتصرف في الجهة المعينة التي يعلم رضاه وهي تختلف بحسب الازمنة ، ففي مثل هذا الزمان نعلم بان رضاه يحصل في اعانة اهل العلم المشتغلين بطلب العلم وبترويج الشرع المقدس واعانة القائمين بالارشاد وبث الحلال والحرام واعطاء هذا الحق للحاكم الشرعي المطلع على وضعه في محله هو الاحوط ، ولا يملكه الحاكم الشرعي وانما هو اطلع بمصرفه وربما يكون هو المورد للصرف نعم ربما يستفاد من بعض الادلة ان هذا السهم - أي حق الامام - ليس ملكاً لشخص الامام وانما هو ملك لمنصبه ، أي منصب الزعامة الدينية كما تشير الى ذلك بعض الاخبار بان سهم الله وسهم الرسول للامام ، فحينئذ يكون الحاكم الشرعي المتقلد لهذه الزعامة الدينية المنصوب من قبل الامام مالكاً لذلك الحق لانه من مختصات منصبه ويلزم على من عنده ذلك الحق ان يراجعه ، ولا يخفى ان ملكيته لذلك انما هو من باب الولاية لا التولية ، ولا يبعد استفادة ذلك من بعض النصوص . وعلى كل بالنسبة الى حق الامام الاحوط مراجعة الحاكم الشرعي بل لخصوص من يقلده والحمد لله رب العالمين .

هذا ما اردنا بيانه بنحو الاختصار بالنسبة الى ولاية الحاكم الشرعي وفي بيان موارده .

الخاتمة

ولنختتم بحث الوصية بذكر منجزات المريض كما تعارف ذكرها في آخر الوصية ونجعلها هي الخاتمة ، فنقول : انه وقع الكلام في منجزات المريض ، انها تخرج من الاصل او من الثلث ؟ على قولين مشهورين والحق كما عليه اكثر المحققين من المتأخرين هو خروجه من الاصل ، وقبل بيان ذلك ينبغي تقديم امور .

الاول : ـ ان المعلق على الموت غير داخل في العنوان كالوصية فانه لا اشكال في خروجها من الثلث ، كما ان مثل التدبير اي العتق المعلق على الموت فلا اشكال في خروجه من الثلث ويخرج عن عنوان المسألة بناء على القول بانه من الوصية كما يستفاد من بعض الاخبار ، او قلنا بانه ليس من الوصية فانه لا اشكال في الخروج من الثلث كما يستفاد من بعض الاخبار الاخر مثل صحيحة هشام بن الحكم قال سألت ابا عبد الله (ع) عن الرجل يدبر مملوكه أله ان يرجع فيه ؟ قال نعم هو مملوكه بمنزلة الوصية (١) ، وفي خبر ابي بصير : المدبر مملوك الى ان قال وهو من الثلث انما هو بمنزلة رجل اوصى بوصية ثم بداله فغيرها من قبل موته (٢) من غير فرق بين أن يكون التدبير في حال

---

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٩ ان المدبر ينعتق بعد موت سيده من الثلث كالوصية .

(٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٨ جواز رجوع الموصي في الوصية والتدبير .

الصحة أوفي حال المرض . هذا إذا كان معلقاً على موت المولى ، وأما إذا علق على موت المخدوم أو موت الزوج فتارة يقع الكلام في صحته وأخرى في إخراجه من الثلث أو من الأصل .

أما الأول فالمعروف هو القول بالصحة في الفرعين ، ففي موت المخدوم يستند صحته الى صحيحة يعقوب بن شعيب قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل ، يكون له الخادم فيقول هي لفلان تخدمه ما عاش ، فاذا مات فهي حرة فتأبق الأمة قبل ان يموت الرجل بخمس سنين أوست سنين ثم يجدها ورثته ألهم أن يستخدموها إذا أبقت ؟ قال إذا مات الرجل فقد عتقت (١) ، وفي موت الزوج صحته تستند الى رواية محمد بن حكيم قال سألت أبا الحسن موسى بن جعفر (ع) عن رجل زوج أمته من رجل آخر وقال لها إذا مات الزوج فهي حرة ، فمات الزوج قال إذا مات الزوج فهي حرة تعتد عدة المتوفى عنها زوجها ولا ميراث لها منه لأنها إنما صارت حرة بعد موت الزوج (٢) .

وأما الثاني فالظاهر أنه من الأصل من غير فرق بين أن يكون موت الغير في حال صحة المولى أو مرضه أو كان التدبير في حال صحة المولى أو فى حال مرضه بناء على ما سيأتي من أن المختار كون منجزات المريض من الأصل . ودعوى ان ذلك من التدبير الذي عرفت أنه بمنزلة الوصية وأنه من الثلث كما هو مقتضى إطلاق النصوص محل منع ، إذ الأطلاق منصرف الى التدبير المتعارف بل ربما يقال بأنه يمنع من صدق التدبير عليه والتعليق على الموت لا يدخله تحته كما يظهر ذلك من الأصحاب فانهم يخصون التدبير بما إذا كان تعليق العتق على موت المولى .

(١) و (٢) الوسائل كتاب التدبير باب ١٠ أنه يجوز تعليق التدبير على موت من جعل له خدمة المملوك من ابواب التدبير .

وأما نذر العتق المعلق على الموت بنحو نذر النتيجة فتارة يقع الكلام في صحته وأخرى باخراجه من الأصل أو من الثلث . أما الأول فالظاهر صحته لعموم أدلة (أوفوا بالنذر) وإن كان قد يشكل بأن نذر النتجة يرجع الى نذر غير المقدور فيكون من قبيل شرط النتيجة كاشتراط زوجته مطلقة أو أمته حرة فأنه من الشرط الباطل مضافاً الى أن المصحح للعتق والطلاق هو صيغة الطلاق والعتق ، ووجوب الوفاء لا يصحح ذلك ولكن لا يخفى أنه لو كان حصول النتيجة بنفس الاشتراط كما هو كذلك بالنسبة الى ما لا يتوقف على سبب خاص كالوكالة والوصية فانه تتحقق القدرة عليه بنفس الاشتراط فلا مانع من اشتراط ما كان من هذا القبيل لحصول القدرة عليه بنفس الاشتراط فيجب الوفاء به كما هو مقتضى عموم (المؤمنون عند شروطهم) أو عموم (أوفوا بالنذر) فيما لو تعلق النذر به . نعم لو لم يكن كذلك بل قد دل الدليل الشرعي على عدم حصول المسبب الا بالاسباب الخاصة كالزوجية والطلاق والعتق وملك العبد فاشتراطها بنحو شرط النتيجة باطل لكونه على هذا التقدير يكون مخالفاً للكتاب والسنة كما هو مقتضى صحيحة ابن سنان (من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عز وجل فلا يجوز على الذي اشترط عليه والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله) (١) هذا فيما لو علم قيام الدليل على أحد النحوين . وأما لو لم يقم دليل على أحدهما فهل يمكن القول بجواز اشتراط النتيجة بعموم أدلة الشروط أو عموم أوفوا بالنذر لو تعلق النذر بالنتيجة والغاية ؟ قيل بالعدم لكون الشك في قيام الدليل يرجع الى الشك في كون ذلك مخالفاً للكتاب وهو من قبيل

---

(١) الوسائل كتاب التجارة باب ٦ ثبوت خيار الشرط بحسب ما يشترطانه وكذا كل شرط إذا لم يخالف كتاب الله (من ابواب الخيار)

للشبهة المصداقية الذي لا يجوز التمسك بالعام فيها بتقريب أن مفهوم المخالفة مفهوم مبين والشك في أنه مخالف شك في المصداق ، وقد علم في محله أنه لا يجوز التمسك بالعام في احراز مشتبه المصداق ، والظاهر أن المقام من قبيل الشبهة المفهومية حيث أن مفهوم المخالفة عنوان منتزع من انواع الالتزامات المنافي للحكم المجعول في الشريعة ، فلو شك في جعل الحكم أو في اطلاقه فهو إنما يستند للاجمال في البيان الشرعي ولا يستند الى الاشتباه الخارجي وقد علم في محله أنه لا مانع من التمسك بالعام في الشبهة المفهومية باحراز ماشك في نفس المفهوم لرجوع الشك فيه الى الشك في الاقل والاكثر فيؤخذ بالقدر المتيقن ويتمسك بالعام في المشكوك . نعم لو شرط في ضمن عقد وشك في كيفية ماشرط هل كان على نحو المخالفة يكون من الشبهة في المصداق . وأما الثانية فالظاهر أنه كسائر منجزات المريض من أن الحق اخراجه من الاصل لعموم أدلة النذر ولا مخصص لها إلا ما يتوهم أنه داخل تحت الوصية أو التدبير الذي قد عرفت أنهما يخرجان من الثلث أو انه يدخل تحت عموم (لا مال للميت إلا الثلث) وكلا التوهمين محل منع .

أما الاول فيمنع دخوله تحت الوصية والتدبير وإنما يدخل تحت عنوان النذر وكونه مقتضياً لا يوجب دخوله تحتيهما .

وأما الثاني فالظاهر انصراف تلك الادلة الى خصوص الوصية او التدبير ولا أقل من الشك فيتمسك بعموم أدلة النذر .

هذا كله إذا كان النذر على نحو نذر النتيجة ، وأما إذا كان بنحو نذر السبب بأن يقول لله علي أن أدبر عبدي بعد وفاتي أو اجعل مالي صدقة بعد وفاتي فالظاهر أنه يدخل تحت التدبير في الاول والوصية في الثاني فيخرج من الثلث . ودعوى أن ذلك مبني على جواز الرجوع

بالنذر فيدخل تحت التدبير والوصية او عدم جواز الرجوع به فيدخل تحت المنجز فيخرج من الاصل لو كان في حال الصحة ، ومن الثلث لو كان في حال المرض بناءاً على القول به ممنوعة إذ عدم جواز الرجوع لا يوجب خروجه عن عنوان التدبير والوصية لكونه من قبيل مالو أوصى بماله لزيد ونذر أن لا يرجع في وصيته فلا يشك أحد بخروجه من الثلث .

هذا كله لو كان التعليق على موته ، وأما لو علق على أمر غيره كما لو قال . اعتق عبدي إن شافاه الله من المرض فمات قبل أن يشافيه فان كان من نذر السبب فمن المعلوم بطلانه بموته لعدم تعلقه بماله لكي يستقر في ذمته ، وأما إذا كان بنحو نذر النتيجة فلومات قبل حصول المعلق عليه فهل يبطل بالموت ام لا ؟ وجهان مبنيان على أنه بالنذر يخرج عن ملك المالك كما قيل بنذر الاضحية ولذا لا يجوز التصرف به بما يزيل الموضوع فيخرج عن موضوع الارث لعدم تعلق حق الوارث به أم لا يخرج عن ملكه بل هو باق على ملك مالكه وداخل تحت موضوع الميراث فلا ينعتق بالموت .

اللهم إلا ان يقال انه باق على ملكه وينتقل الى الورثة عند موته وان كان لا يجوز التصرف به مادام حياً لأجل انشائه للنذر والالتزام بمتعلقه كما هو قضية ما التزم به من قبل الغير مالم يقم دليل على جواز رفع التزامه كما في الوصية والتدبير مثلاً فانما هو لامر تعبدي . والانصاف ان مسألة النذر إنما هو من قبيل الواجب المعلق ، فبناءً على التحقيق يكون الناذر قد انشأ ملكية فعلية قد علقت بأمر وقد ملك المنذور له هذه الملكية المطلقة بانشاء الناذر حيث انه انشأ ملكية مطلقة وان كان ظرف المنشأ متأخر فلا يلزم التفكيك بين المنشأ والانشاء لما عرفت

سابقاً في الوصية التمليكية وعليه لا يجوز التصرف بما يزيل الموضوع ولا لورثة ذلك لخروجه بالانشاء عن ملكه فيخرج عن موضوع الارث نعم بناءاً على انكار الواجب المعلق وحصر الواجب بالمنجز والمشروط كما ادعاه بعض الاعاظم من مشايخنا المحققين فبالنذر لا يخرج عن ملك الناذر وبالموت ينتقل الى ورثته فلا تغفل .

الثاني : ان المنجز عليه لو كان مما يوجب الضمان فان كان قبل المرض فلا اشكال في كونه يخرج من الاصل وهو خارج عن محل الكلام بلا خلاف بين الاصحاب كما ان ما يوجب الضمان بسبب غير اختياري كالاتلاف فلا خلاف ايضاً في خروجه من الاصل . واما لو كان بالمرض بسبب اختياري كما لو ضمن مجاناً او تبرعاً او كفل تبرعاً الموجب لغرامة ما على المكفول عنده فالمشهور انه ينفذ من الاصل خلافاً للمحقق لما يستفاد من كون المرض يوجب حجر المريض بما زاد على الثلث لتعلق حق الوارث به ، وهذا الحق انما يتعلق بنفس المال . واما بالنسبة الى الذمة فليس للوارث حق في حال المرض فله التصرف بما في الذمة وان تعقب ذلك الوفاء من المال كما هو كذلك بالنسبة الى المفلس فان حجر المفلس يتعلق بنفس المال من دون تعلق حجره بذمته اذ لا يتعلق الحجر بها الا ان استفادة ذلك محل نظر لما سيأتي انه بنحو الحكمة لا العلة فالاقوى ما عليه المشهور من نفوذه من الاصل .

الثالث : مالو كان المنجز عليه حقاً مالياً كالديون والحقوق الشرعية كالزكاة والخمس والكفارات المالية واروش الجنايات وبدل الغرامات ، بل قد عرفت ان الحج من الواجبات المالية فهو خارج عن محل الكلام وانها تخرج من اصل المال نصاً وفتوى بل الاجماع بقسميه يدل على ذلك كما عرفت منا سابقاً .

الرابع : ان المنجزات من المعاوضات غير المشتملة على المحاباة كالبيع بثمن المثل ، والاجرة بالثمن المتعارف ، ومثلها سائر المعاملات فلا اشكال في خروجها من الاصل لادلة الوفاء بالعقود من دون دليل خاص مقدم عليه ، بل ودليل السلطنة يقضي بصحة التصرفات والمسألة في غاية الوضوح لا تحتاج الى اطناب .

الخامس : المستفاد من الادلة كون المريض محجوراً عليه فيما اذا تعقب بالموت على تقدير القول به ، واما فيما لم يتعقب بالموت فيشك في شمول تلك الاخبار له ، فحينئذ يشك في تحقق سبب الحجر الذي هو تعلق حق الورثة ، فمع تحقق الشك حينئذ لا يصح التمسك بالعمومات أي لا بعمومات الحجر ولا بعمومات المعاملات مثل أوفوا بالعقود وادلة السلطنة . فعليه لا مانع من استصحاب السلطنة فتنفذ تصرفاته مع تحقق البرء للشك في كون المرض غير المتعقب بالموت دافعاً للسلطنة ، ولا اشكال في صحة الاستصحاب لكونه من الشك في الرافع .

فيظهر من ذلك ان المرض بنفسه ليس سبباً لتعلق حق الورثة وانما السبب هو المتعقب بالموت والانصاف ان حجر المريض وان استفيد من بعض الاخبار الا انه بنحو الحكمة لا العلة كما لا يخفى .

السادس انه بناءً على القول بأن المنجز من الاصل واضح ، واما بناءً على كونه من الثلث ففيما لم يجز الوارث بالنسبة الى الزائد فهل يحكم بصحته الى ان يموت ؟ فان مات ولم يجز الوارث يحكم بفساده ام لا ؟ قيل بالاول بتقريب ان الشخص قبل موته مالك المال مسلط عليه ومقتضى ذلك نفوذه مادام حياً وإنما يطرأ البطلان عليه بعد الانتقال الى الغير الذي هو الوارث . ودعوى ان المقام من قبيل الوصية في غير

علة الفرق بين المقامين ، ففي الوصية يكون الانتقال الى الغير بعد الموت وفي المقام الانتقال حال الحياة ، ولكن لا يخفى انه لا يمكن الالتزام به بالنسبة الى بعض التصرفات كالعتق مثلاً ، إذ لا معنى لطرو الفساد بعد وقوعه صحيحاً إذ بعد كون العبد حراً لا يمكن عوده رقاً اذ الحر لا يمكن ان يكون رقا الا بالاسترقاق اذا كان كافراً اللهم الا ان يقال بأن الكفار عبيد المسلمين قبل الاسترقاق ، وكونه مالكاً ومسلطاً حال حياته لا يوجب الحكم بصحته ثم يطرأ عليه الفساد اذ يمكن ان يكون في حال المرض محجوراً من التصرف بمعنى عدم نفوذه لا بمعنى عدم تسلطه عليه . وبعد معرفة ذلك تعرف ان المراد من الخروج من الثلث هو انه يكشف عن فساده من اول الامر بالنسبة الى الزائد فيما لم يجز الوارث . هذا بالنسبة الى الصحة الواقعية لا يحكم بصحته واقعاً الا بعد حصول الموت . واما بالنسبة الى الصحة الظاهرية فهل يحكم بصحته ظاهراً ام لا ؟ قيل بالحكم بصحته ظاهراً الى أن ينكشف الحال بعد الموت لنفوذ تصرفه ظاهراً وكونه مسلطاً عليه تكليفاً وكونه محجوراً ليس أزيد من بطلانه في الواقع على فرض عدم الخروج من الثلث خصوصاً اذا كان بمقدار الثلث لعدم تعلق حق للوارث كما قيل بالصحة ظاهراً فيما اذا كان المنجز بمقدار الثلث لعدم تعلق حق الوارث فيه واما فيما اذا كان اكثر من الثلث فلم يحكم بصحته ظاهراً لاصالة عدم تجدد المال بعد ذلك ولكن لا يخفى ان هذا من الاصول المثبتة فلذا الحق عدم الصحة ظاهراً اذ الشرط في النفوذ هو الوفاء بالثلث حين الموت فهو غير معلوم التحقق إلا ان ذلك لا يوجب جواز رجوع المالك عن المنجز باعتبار انه يحتمل زيادته عن الثلث حين الموت لعموم ما دل على لزوم ذلك ، ودعوى انه يستكشف من الاخبار تحقق حق الوارث محل

منع اذ الاخبار تدل على المنع التعبدي وان كانت الحكمة في جعل الحكم كذلك هو مراعاة جانب الوارث والتوفير عليه فيكون المال باقياً على ملكيته الطلقية للمورث مادام حياً كما في الوصية فان ممنوعيته من التصرف في الزائد عن الثلث لا يدل على ثبوت حق للوارث ما دام حياً وجواز الاجازة حال الحياة على القول به لا يثبت حقاً للوارث ولذا لو اسقط حقه حال الحياة لا يؤثر شيئاً لعدم ثبوت حق له فله بعد ذلك الرد بخلاف مالو قلنا بثبوت حق للوارث فانه لو اسقطه بموجب النفوذ ، ولكن لا مانع من القول بثبوت حق الاجازة والرد للوارث بالنسبة الى تصرفات المريض في الجملة كما لا يخفى .

السابع : أن الموجود في الاخبار هو بعض التصرفات كالهبة والعطية والعتق والابراء والمستفاد منها ان ذكرها من باب المثال للعلم بانها ليس لها موضوعية فحينئذ الضابط لعنوان المسألة هو كل تصرف من تمليك او فك او ابراء متعلق بالمال او بالحق الفعليين تبرعاً فيدخل فيه مثل العتق والهبة والصدقة والوقف والبيع بأقل من ثمن المثل والاجارة باقل من اجرة المثل والصلح بغير عوض او بعوض اقل من ثمن المثل وابراء الدين وشراء من ينعتق عليه ويخرج من ذلك الاتلافات والجناية على الغير ونحو ذلك مما تشغل به الذمة فانها تخرج من الاصل لكونها كالدين كما انه يخرج منها المعاوضات كالبيع بثمن المثل والاجارة باجرة المثل ونحو ذلك مما ليس فيها محاباة بل يخرج ما كان من قبيل المعاوضات كما لو دفع المال لحفظ عرضه او داره او حفظ نفسه ، وكالصدقة المنذورة لسلامته والاستيجار لقراءة القرآن وللزيارة المندوبة او الحج المندوب ونحو ذلك ، فان كل هذه الامور لم يقصد بها التبرع فتخرج من الاصل لانصراف الاخبار عن ذلك بل ادعى بعض السيرة

على عدم حجر المريض في هذه الامور ولا اقل من الشك في شمول تلك الاخبار المستفادة منها حجر المريض فلذا خروجها من الاصل يكون على مقتضى القاعدة الأولية .

اذا عرفت ذلك فاعلم ان الاصل الأولي بالنسبة الى المرض المتعقب بالموت هو صحة تصرفاته وان جميع التصرفات تنفذ من الاصل لقاعدة السلطنة واستصحابها ولوجوب الوفاء بالعقود ، والتمسك في هذه العمومات بالنسبة الى ما شك في كونه سبباً للحجر ليس من باب التمسك بالعام في الشبهة المصداقية إذ الشك في المقام في سبب الحجر وهو من قبيل الشبهة المفهومية ، وقد ذكرنا في بحث البيع انه يتمسك بالعام بالنسبة الى الشبهة المفهومية . فعليه لا مانع من الاستدلال بدليل « الناس مسلطون على اموالهم » « واحل الله البيع » على عدم سببية شيء كمثل المرض لو شك في كونه سبباً . وفي المقام يشك في كون اجازة الوارث سبباً في صحة معاملة المريض فينفى ذلك باطلاق الدليل فضلاً عن جريان اصالة عدم شرطية اجازة الوارث . نعم يشكل على الاستصحاب تارة بكونه من الشك في المقتضي واخرى بكونه من الاستصحاب التعليقي ولكن لا يخفى ان المقام ليس منهما . وبيان ذلك يحتاج الى ذكر الشك في المقتضى والاستصحاب التعليقي على نحو الاجمال اما الشك في المقتضي فتارة يراد منه الملاك ، فالشك فيه عبارة عن الشك في ثبوت الملاك عند انتفاء بعض خصوصيات الموضوع كالشك في علم زيد مثلاً ، والمراد من الشك في الرافع الشك في وجود ما يمنع عن تأثير الملاك في الحكم بعد العلم بثبوته كالشك فى فسق زيد ، واخرى يراد من المقتضي هو السببية ، فالشك في سببية شيء هو شك في المقتضي مثل الشك في تحقق الاسباب الملكية من البيع ونحوه ، والشك فى الرافع

عبارة عن الشك في ما يرفع السبب شرعاً كالشك في تحقق الفسخ الرافع للبيع ، وثالثة يراد بالشك في المقتضي هو الشك في مقدار قابلية المستصحب للبقاء بحسب الزمان والرافع عبارة عن الشك في حدوث زماني اوجب رفع الموضوع واعدام وجوده مع تحقق استعداده لبقاء عمره لولا حدوث ذلك الحادث الزماني وقد قوينا الاحتمال الاخير وفاقاً لبعض الاعاظم من مشايخنا (قده) وقد حمل كلام الشيخ الانصاري (قدس سره) عليه وقال يندفع بذلك ما يورد عليه في الموارد التي تجري فيها الاستصحابات بان الشك فيها من الشك في المقتضي وهو لا يقول به .

ويظهر من ذلك ان استصحاب نفوذ التصرف في المقام ليس من قبيل الشك في المقتضي ، فان النفوذ بالنسبة الى أمد الزمان متحقق وانما الشك في المرض الحادث الذي هو زماني رافع لذلك . واما استصحاب التعليقي فالحكم المعلق على شيء تارة يكون فعلياً وأخرى لايكون فعلياً فان كان فعليا فيجري فيه الاستصحاب ، واما اذا لم يكن فعليا فلا شيء حتى يجري الاستصحاب ولما بنى بعض الاعاظم (قدس سره) عدم كونه فعلياً لذا لم يجر الاستصحاب في التعليقي ، وفي المقام نفوذ التصرف ولو كان معلقا على نفس التصرف الا انه من لوازم السلطنة والسلطنة لما كانت فعلية فلوازمها فعلية يجري الاستصحاب مضافاً الى ان النفوذ بالنسبة الى التصرف من قبيل الحكم بالنسبة الى الموضوع وليس كل حكم معلق على الموضوع يكون الشك فيه للشك في موضوعه من الاستصحاب التعليقي على ان في المقام يوجد استصحاب تنجيزي حاكم على هذا الاستصحاب التعليقي وهو استصحاب سلطنة الشخص في حال الصحة وان نفوذ التصرفات في حال المرض من لوازم تحقق السلطنة على ايجاد تلك التصرفات ، إذ الشك في نفوذ تلك التصرفات مسبب

عن الشك في وجود تلك السلطنة ، واذا جرى الاصل في السبب لا حاجة الى جريانه في المسبب والسلطنة حكم وضعي لا مانع من استصحابها ، والشك في بقائها من الشك في الرافع فهو نظير استصحاب بقاء سلطنة الولي إذا شك في خروجه عن الولاية واستصحاب بقاء سلطنته على صحة التصرفات مع الشك في طرو الجنون او الفلس او السفه .

ودعوى انه من الشك في الموضوع وبقاء الموضوع شرط في جريان الاستصحاب في غير محله ، فان المقام الموضوع هو نفس الشخص المكلف ولم يؤخذ في الموضوع العنوان الصحيح وانما الصحة والمرض اخذتا بنحو الحالات كالتغير وعدمه بالنسبة الى الماء المتغير بالنجاسة فانه لا اشكال في استصحاب نجاسة الماء بعد زوال تغيره من قبل نفسه . ثم لا يخفى ان هذا الاصل الاولي الذي ذكرناه يجري في كل ما شككنا في شمول دليل حجر المريض من كون المرض بنفسه متعقباً بالموت فلو اصابه مرض ثان ومات بذلك المرض او انه فيما اذا استدام مرضه مثل السل الذي يدوم سنين وامثال ذلك مما يشك في شمول الدليل له . وعلى كل فموضوع المسألة هو ماكان المنجز امراً تبرعياً مشتملاً على تفويت المال بغير عوض كالهبة والصدقة والوقف والعتق أو مشتملة على المحاباة كالبيع باقل من ثمن المثل والشراء بأزيد من ثمن المثل ونحوهما فقد اختلفوا على قولين : قول بخروجه من الاصل ، وقول بخروجه من الثلث قولان مشهوران ومنشأ هذا الاختلاف الاخبار .

فنقول اما الاخبار الدالة على الخروج من الاصل فمنها الصحيح الى صفوان عن مرازم عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله (ع) في الرجل يعطي الشيء من ماله في مرضه قال (ع) : « اذا أبان به فهو

جائز وان أوصى به فهو من الثلث » (١) . والمراد بالابانة هو المنجز لمقابلته لقوله فأن أوصى . ومنها خبر ابي بصير عن ابي عبد الله (ع) الرجل له الولد يسعه ان يجعل ماله لقرابته قال (ع) : « هو ماله يصنع به ما يشاء الى أن يأتيه الموت ، ان لصاحب المال ان يعمل بماله ما يشاء مادام حياً ان شاء وهب وان شاء تصدق به وان شاء تركه الى ان يأتيه الموت ، فان اوصى به فليس له الا الثلث ، إلا ان الفضل فى ان لا يضيع من يعول به ولا يضر بورثته » (٢) وهو كما ترى كالصريح في ان المراد من اتيان الموت نفس الموت لا حضور الموت وهو يحصل بالمرض المتعقب بالموت فينطبق على المرض المخوف فانه خلاف الظاهر وان قيل به .

ومنها خبر سماعة عن ابي بصير قال قلت لابي عبد الله (ع) الرجل يكون له الولد أيسعه ان يجعل ماله لقرابته ؟ قال (ع) : « هو ماله يصنع ما شاء به الى ان يأتيه الموت » (٣) .

ومنها موثقة عمار عن ابي عبد الله (ع) قال قلت الميت احق بماله مادام فيه الروح يبين به ؟ قال (ع) : نعم فان اوصى به فليس له الا الثلث (٤) .

ومنها موثقته الاخرى عن ابي عبد الله (ع) الميت احق بماله مادام فيه الروح يبين به ، فان قال بعدي فليس له الا الثلث (٥) . وعن

(١) و (٢) و (٣) و (٤) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٧ حكم التصرفات المنجزة فى مرض الموت .

(٥) الوسائل كتاب الوصايا باب ١١ من اوصى باكثر من الثلث صحت وصيته وفي الكافي كتاب الوصايا ان صاحب المال احق بماله مادام حياً حديث ٧ ج ٧ ص ٨ .

الفقيه والكافي عوض بعدى فان تعدى وتحمل على التعدي من الحياة الى الموت فتكون من الاخبار الدالة على الاصل . واما او حملت على التعدي أي التعدي من الثلث الى الثلثين فتعد من اخبار الثلث وتخرج عن هذه الطائفة من الاخبار . ومنها موثقة الثالثة عنه (ع) في الرجل يجعل بعض ماله لرجل في مرضه . فقال (ع) : اذا ابانه جاز (١) . وهي صريحة في المطلوب .

ومنها موثقة عمار الرابعة عنه (ع) الرجل أحق بماله مادام فيه الروح إذا اوصى به كله فهو جائز (٢) . ولا يخفى ان هذه الرواية يستدل بها على المطلوب بصدرها وان كان الذيل يطرح لمخالفته للاجماع ولا ينافي ذلك التمسك بصدر الرواية ، ومنها خبره الذي رواه المحمدون الثلاثة عنه (ع) صاحب المال احق بماله مادام فيه شيء من الروح يضعه حيث يشاء .

ومنها الحسن كالصحيح بابراهيم بن هاشم عن ابن شعيب المحاملي عنه (ع) : الانسان احق في ماله مادامت الروح في بدنه (٣) . ومنها خبر ابراهيم بن ابي السماك عمن اخبره عن ابي عبد الله (ع) قال : الميت أولى بماله مادامت فيه الروح (٤) .

ومنها مرسل الكليني قال وقد روي ان النبي (ص) قال لرجل من الانصار اعتق مماليكه ولم يكن له غيرهم فعابه النبي (ص) وقال : تركت صبية صغاراً يتكففون الناس (٥) ، ورواه الصدوق مسنداً إلا انه قال فاعتقهم عند موته بناءاً على ظهورها في مرض الموت .

ومنها صحيحة محمد بن مسلم في الكافي عنه (ع) قال سألته عن

(١) و (٢) و (٣) و (٤) و (٥) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٧ حكم التصرفات المنجزة في مرض الموت .

رجل حضره الموت فاعتق غلامه واوصى بوصية وكان اكثر من الثلث قال « يمضي عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي » (١) بناءاً على كون العتق من الاصل ولذا قدم . وكانت وصيته اكثر من الثلث لا المجموع من العتق والوصية اكثر من الثلث .

ومنها حسنته في الرجل اوصى باكثر من ثلثه واعتق مملوكه في مرضه ، فقال ان كان اكثر من الثلث يرد الى الثلث وجاز العتق . ومثلها مرسلة ابن ابي عمير في الكافي عنه (ع) في الرجل اوصى باكثر من الثلث واعتق مملوكه في مرضه فقال : « ان كان اكثر من الثلث رد الى الثلث وجاز العتق » (٢) ومنها خبر اسماعيل بن همام في رجل اوصى عند موته بمال لذوي قرابته واعتق مملوكاً وكان جميع ماأوصى يزيد على الثلث كيف يصنع في وصيته ؟ قال : « يبدأ بالعتق فينفذه » (٣) .

واما ما استدل للقول الثاني أي خروج المنجزات من الثلث باخبار ادعى جامع المقاصد تواترها وهي على طوائف : الطائفة الاولى وهي دالة على ان الرجل له ثلث ماله بقول مطلق ، منها صحيحة يعقوب ابن شعيب ان الرجل يموت ماله من ماله ؟ قال (ع) : « له ثلث

---

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٦ ان من اعتق في مرضه واوصى بوصيه وفي الاستبصار باب ٧٤ انه لا يجوز الوصية باكثر من الثلث حديث ٤ ج ٣ .

(٢) و (٣) الوسائل كتاب الوصايا باب ٦٧ ان من اعتق في مرضه وأوصى بوصيه قدم العتق .

ماله » (١) ومنها : صحيحة علي بن يقطين ، ما للرجل من ماله عند موته ؟ قال (ع) : الثلث والثلث كثير (٢) .

ومنها خبر عبد الله بن سنان للرجل عند موته ثلث ماله ، وقال بعد ذلك وان لم يوص فليس على الورثة امضاؤه (٣) ، ومنها خبر البحار الوصية على كل مسلم ثم قال : وليس للميت من مال إلا الثلث فان اوصى باكثر من الثلث رد الى الثلث ، ومنها خبر العلل الوارد في الاقرار في المرأة التي استودعت رجلاً من الانصار ففي ذيله « فانما لها من ماله ثلثه » (٤) .

ومنها خبر ابي بصير عن الرجل يموت ماله من ماله ؟ فقال : « له ثلث ماله » (٥) ، ومنها مرسلة جامع المقاصد : « المريض محجور عليه إلا في ثلثه ، ومنها خبر ابي حمزة المروي عن بعض الائمة (ع) قال الله تبارك وتعالى يقول يابن آدم تطولت عليك بثلاث سترت عليك مالو يعلم به اهلك ما واروك ، واوسعت عليك فاستقرضت منك فلم تقدم خيراً ، وجعلت لك نظرة عند موتك فى ثلثك فلم تقدم خيراً ، ومنها النبوي (ص) ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم

(١) الاستبصار باب ٧٤ لا تجوز الوصية باكثر من الثلث حديث ٢ ج ٣ .

(٢) و (٣) التهذيب كتاب الوصايا باب ٢٠ الزيادات حديث ٣٢ و ٣٣ ج ٩ .

(٤) الاستبصار كتاب الوصايا باب ٦٨ الاقرار فى حال المرض حديث ٨٨ ج ٣ وفي التهذيب كتاب الوصايا باب ٥ الاقرار فى المرض حديث ٧ ج ٩ .

(٥) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٠ جواز الوصية بثلث المال .

زيادة في اعمالكم (١) .

الطائفة الثانية : ـ وهي الاخبار الواردة في خصوص العتق المنجز الدالة على نفوذه من الثلث . منها خبر على بن عقبة في رجل حضره الموت فاعتق مملوكاً له ليس له غيره فابى الورثة ان يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه ؟ قال (ع) : مايعتق منه إلا ثلثه وسائر ذلك الورثة احق بذلك ولهم مابقي (٢) .

ومنها خبر ابي بصير عنه (ع) ان اعتق رجل عند موته خادماً ثم اوصى بوصية اخرى الغيت الوصية واعتقت الجارية من ثلثه إلا ان يفضل من ثلثه ما يبلغ الوصية (٣) .

ومنها خبر السكوني عن علي (ع) ان رجلا اعتق عبداً له عند موته لم يكن له مال غيره قال (ع) : سمعت رسول الله (ص) يقول : يستسعى فى ثلثي قيمته للورثة ، ومنها خبر العامي الذي ادعى في المسالك انه اجود مافي الباب سنداً ومتناً ، وهو ان رجلا من الانصار اعتق ستة اعبد له في مرضه وليس له غيرهم ، فاستدعاهم رسول الله « ص » وجزأهم ستة اجزاء واقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة .

الطائفة الثالثة : ـ وهي ما ورد في خصوص العتق وهي صحيحة محمد بن مسلم وحسنته ، وخبر اسماعيل بن همام المتقدمات حسب ماعرفت من دلالتها على النفوذ في منجزاته ـ اي منجزات المريض ـ من الثلث . هذه اخبار الباب للقولين والانصاف ان اخبار الطائفة الثالثة عدها من اخبار الثلث في غير محله بل هي على القول الاول ادل ،

(١) التهذيب كتاب الوصايا باب ٦ الوصية ووجوبها حديث ١٢ ج ٩ .

(٢) (٣) الوسائل كتاب الوصايا باب ١١ ان من اوصى باكثر من الثلث صحت في الثلث .

ودعوى انها فى مقام الوصية بالعتق خلاف الظاهر بل ينافى ذلك خبر اسماعيل بن همام لعطف اعتق على المال مع انه ينبغي ان يقول اوصى بمال لذي قرابته ويعتق مملوكه او كان بصدد بيان وصية العتق . فهذا التعبير يدل على انه صنع شيئين وصية وعتقاً فانفذ العتق ولازم هذا كون العتق من الاصل ، ومثلها حسنة محمد بن مسلم وصحيحته كما ان الطائفة الاولى للقول الثاني لا ينبغي الاستدلال بها فانها في مقام الوصية اي ليس للمرء ان يوصي بجميع ماله وليست في مقام كون المنجز في مرض الموت من الثلث . نعم اخبار الطائفة الثانية وهي خبر علي بن عقبة وخبر عقبة بن خالد فانهما دالتان دلالة تقرب من الصراحة على كون المنجز من الثلث وحملها على الوصية حملاً على خلاف المتفاهم العرفي ومثل ذلك طرحها أولى من حملها على ذلك ، بل خبر أبي بصير يقارب تلك الدلالة فان قوله أعتق ثم أوص دال على كون العتق منجزاً وليس داخلاً في الوصية إذ العطف يدل على المغايرة فهو معارض لما ذكرنا من خبري ابن مسلم صحيحته وحسنته ، وهكذا خبر العامي إلا انه مشتمل على ما لم يعمل به عند الأصحاب وهو القرعة .

إلا انه لا يضر ببقية الرواية لتحقق العمل بها مضافاً إلى كونها ضعيفة السند وهكذا خبر السكوني فان دلالته على كون المنجز من الثلث لا إشكال فيه ولا يحمل على الوصية . نعم هو ضعيف السند . وعلى كل الطائفة الثانية صريحة الدلالة على كون المنجز من الثلث . واما الأخبار الدالة على القول الأول ففي بعضها تدل على كون المنجز من الأصل دلالتها بالظهور والاطلاق مثل قوله : هو ماله يصنع به ما يشاء إلى ان يأتيه الموت ، ومثل إن شاء وهب وإن شاء تصدق وإن شاء ترك إلى أن يأتيه الموت ، ومثله أحق بماله ما دام فيه الروح . فان هذه

الروايات كما عرفت دلالتها على المطلوب بالظهور والاطلاق . ولا يخفى أن أخبار الثلث دالة بالصراحة فهي مقيدة لاطلاق هذه الروايات أي تقيد بغير حال المرض أو يوجب حمل هذه المطلقات على أن للمريض له ذلك ولا ينافي ثبوت ذلك له تحقق حجر عليه من الشارع من فلس أوسفه أو مرض . نعم صحيحة ابن مسلم وحسنته ومرسلة ابن أبي عمير وخبر اسماعيل بن همام بحسب نظري أصرح من تلك الأخبار دلالة ولذا بدأ الامام فيها بالعتق أولاً لكونه من المنجز ومع الغض عنه فالانصاف ان بين أخبار الباب تعارضا بعضها مع بعض وهو بين الطائفة الثانية الدالة على القول بخروج المنجزات من الثلث وبين صحيحة ابن مسلم وحسنته ومرسلة ابن أبي عمير واسماعيل بن همام الدالة على القول بخروج المنجزات من الأصل ، فان الناظر إلى هاتين الطائفتين من الأخبار يجد بينهما المعارضة وما ذكر من الحمل فبالنسبة إلى كل من الطائفتين حملا بعيداً عن فهم أهل العرف وفهم أهل اللسان بل الطرح أولى مما ذكر من الحمل ، فلما لم يمكن الجمع الدلالتي فيقع الكلام بالنسبة إلى مرجحات السند . فنقول : يمكن دعوى تقدم الطائفة الدالة على كون المنجز من الأصل لكونها أقوى سنداً ، ومع التساوي في السند تقدم هذه الطائفة أيضاً لكونها مخالفة العامة . نعم يستثنى العتق فيما لو كان دين على الميت فانه مقدم على العتق لأخبار خاصة مثل صحيحة زرارة عن أبي عبد الله في رجل أعتق مملوكه عند موته وكان عليه دين فقال (ع) « ان كان قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه والا لم يجز » (١) وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج الطويلة إلى أن قال الامام (ع) : « إذا

---

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٣٩ ان من اعتق مملوكا لا يملك غيره في مرض الموت وعليه دين .

استوى مال الغرماء ومال الورثة أو كان مال الورثة اكثر من مال الغرماء ولم يتهم الرجل على وصيته وأجيزت وصيته على وجهها » (١) الخبر إلى غير ذلك من الأخبار المستفاد منها كون العتق لا يتنجز إذا كان هناك دين .

وبهذه الأخبار استدل بعض على كون المنجز من الثلث بدعوى أنه لا فرق بين العتق وبين غيره من المنجزات إلا أن الانصاف أن الأخيرة ظاهرة في الوصية والأولى ليس فيها دلالة على كون المنجز من الأصل أو من الثلث وإنما تدل على تقديم الدين على العتق ، ولو كان العتق قبل الموت فالحق أن يقال ان هذه الأخبار ان حملت على الوصية كما هو ظاهرها فيكون العتق كبقية المنجزات مقدماً على الدين وان لم تحمل هذه الأخبار على الوصية بل أريد منها العتق المنجز اقتصر على مورده من تقديم الدين على عتق العبد لكونه على خلاف القاعدة من كون المنجز مقدم على الدين ، ويرجع بالنسبة إلى سائر المنجزات على مقتضى القاعدة من تقديمها على الديون ، بل ربما يستفاد من بعض الأخبار استثناء الابراء والعطية من المنجزات على القولين ولا يصح التنجيز بهما لصحيحة الحلبي سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق أو بعضه فتبرئه منه في مرضها قال (ع) : لا (٢) .

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٣٩ ان من اعتق مملوكا لا يملك غيره في مرض الموت وعليه دين .

(٢) التهذيب كتاب الوصايا باب ١٢ الوصية للوارث حديث ١٢ ـ ١٣ ج ٩ .

وفي الوسائل كتاب الوصايا باب ١٧ حكم التصرفات المنجزه في مرض الموت .

وفي خبر سماعة سألت أبا عبد الله (ع) عن عطية الوالد لولده فقال (ع) : « أما إذا كان صحيحاً فهو له يصنع به ما شاء ، فاما في مرض فلا يصلح » (١) وهذا كما ترى دال على عدم صحة العطية والابراء في المرض منجزاً فلا ينفذ مطلقاً ولو كان من الثلث ، ولكن لا يخفى انها تحمل على الكراهة جمعاً بينها وبين مادل على جواز الهبة دون الابراء كخبر أبي ولاد سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرئه منه في مرضها قال (ع) : بل تهبه له فتجوز هبتها ويحسب ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئاً (٢) مضافاً إلى أن لفظة لا يصلح يفهم منها الكراهة إلا أن الجمع يتحقق بالنسبة إلى الهبة . واما الابراء فرواية أبي ولاد صريحة في عدم صحة الابراء وصحة الهبة والقول بذلك مخالف للاجماع ولأجل ذلك سقط الاستدلال برواية أبي ولاد على القول بخروج المنجز من الثلث بعد عدم الفرق بين الهبة وغيرها من المنجزات .

إذا عرفت ذلك فاعلم ان الحق كما عليه أهل التحقيق من متأخري المتأخرين هو القول بكون المنجزات من الأصل لما عرفت من ان ذلك مقتضى الاصل الاولى وهو استصحاب بقاء سلطنة الشخص في حال مرضه وللأخبار الصحيحة الدالة بالصراحة على كون المنجز من الاصل ولا تعارضها الاخبار الدالة على خروج المنجز من الثلث لكون مادل

(١) التهذيب كتاب الوصايا باب ١٢ الوصية للوارث حديث ١٢ ـ ١٣ ج ٩ .

وفي الوسائل كتاب الوصايا باب ١٧ حكم التصرفات المنجزة في مرض الموت .

(٢) الاستبصار كتاب الوصايا باب ٧٤ انه لا يجوز الوصية باكثر من الثلث حديث ٧ ج ٣ ص ١٢٠ .

على خروج المنجز من الاصل أصح سنداً مضافاً إلى أن أخبار الثلث موافقة للعامة فان اجماع العامة على خروج منجزات المريض من الثلث فيلزم طرحها لموافقتها للتقية ومع التكافؤ فالمرجح أو المرجع هو الاصول الجارية في المقام وقد عرفت أن استصحاب بقاء سلطنة المريض من الاستصحابات التنجيزية التي لا مانع من جريانها . ودعوى ان الاصل هو عدم انتقال الزائد على الثلث يقضي بكون المنجز يخرج من الثلث ممنوعة بانه محكوم باصالة بقاء سلطنة المريض لكون الشك في الانتقال مسبب عن الشك في السلطنة ومع جريان الاصل السببي لا مجال لجريان الاصل المسببي على ما حررناه في مباحث الاصول .

ثم إن شيخنا (قدس) في الجواهر اختار كون المنجزات تخرج من الثلث ترجيحاً للأدلة الدالة على الثلث وقد جعل (قدس سره) الاقرار من المنجزات باعتبار كونه كاشفاً عن وجود المنجز واستفاد من أخبار الباب وجود حق للوارث في مرض مورثه فتكون حينئذ أخبار الاقرار من أدلة منجزات المريض وأدلة الاقرار - كما سيأتي بيانها عن قريب إنشاء الله تعالى - فيها التهم في بعضها وعدمها في البعض الاخر فاستنتج من ذلك شاهد جمع بين الاخبار فادعى بان الاخبار التي تدل على الثلث فيما اشتمل عليها التهم والذي يخرج من الاصل فيما لم تشتمل عليها .

ولكن لا يخفى أن مسألة الاقرار أجنبية عن منجزات المريض فان المراد من المنجز هو إنشاء تمليك بأحد الاسباب المملكة بخلاف الاقرار فانه اقرار عن حق سابق فهو كاشف عن حق سابق والمنجز منشأ للحق الفعلي فلا تلازم بينهما لكي يكون القول بأحدهما يلازم القول بالآخر ، على أنه لو قلنا بان المنجز يخرج من الثلث ليس لأجل أن الوارث له حق في حال مرض مورثه وانما هو لأجل التعبد

الشرعي فما ذكره (قدس سره) بكون الاقرار من الثلث يلزم كون المنجز من الثلث بدعوى وجود حق للوارث فى المقامين فانه وان نطقت به بعض الاخبار بانه اضرار بالورثة فيما لو أوصى بماله كله ففي خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) قضى أمير المؤمنين (ع) في رجل توفى وأوصى بماله كله او اكثر فقال (ع) : « الوصية ترد الى المعروف غير المنكر فمن ظلم نفسه وأتى في وصيته المنكر والحيف فانها ترد الى المعروف ويترك لأهل الميراث ميراثهم (١) الى غير ذلك من الأخبار الدالة على كون الغرض من ذلك هو التوفير على الوارث وعدم الاجحاف عل منع لان ذلك انما هو حكمة لا علة لكي يطرد فى المنجزات حتى يستفاد قاعدة كلية ، ان الوارث له حق فيما عدا الثلث فلا يزاحم حقه بمنجز او اقرار او وصية بما زاد على الثلث مضافاً الى انه يمكن أن يستفاد من الاخبار ان ذلك لأجل اضرار الورثة لا لأجل ثبوت حق للوارث ، اللهم إلا أن يقال أنه بناء على ما يستفاد من الاخبار أن للوارث حق فحينئذ يمكن أن يستفاد من أدلة الاقرار في مورد عدم التهمة كون المنجز يخرج من الاصل لكون المستفاد منها ان المالك له أن يزيل حق الوارث مطلقاً سواء كان باقرار ام بمنجز اذ لا خصوصية للاقرار ، فعليه يتوجه ماذكره الشيخ (قدس سره) فى الجواهر إلا أنه لا يتم ماذكره أخيراً من كون اخبار الاقرار تكون شاهد جمع لاخبار منجزات المريض بحمل الاخبار الدالة على أن المنجز يخرج من الاصل إذا لم يكن هناك تهمة والاخبار الدالة على كون المنجز يخرج من الثلث اذا كان هناك تهمة اذ المنجز لا يتصور فيه التهمة وعدم التهمة ولذا

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٣٨ ان من خاف في الوصية فللوصي ردها الى الحق .

لا قائل في المنجزات فهذا التفصيل واما في الاقرار فهذا التفصيل أمر معقول متصور فان الاقرار فيه طريقية للواقع وليس حجيته من باب الموضوعية فحينئذ فيما اذا لم يكن فيه تهمة طريقيته متحققة إذ العاقل لا يقر بما اذا كان فيه ضرر عليه بخلاف مافيه التهمة فان طريقيته تضعف ويرتفع ظهوره في الصدق ويقوى معه احتمال الكذب فيه لداع من الدواعي فيسقط عن الطريقية وليس هذا يجرى في المنجزات فان المنجز ينشأ من أسباب وتلك الاسباب لا يفرق فيها بين التهمة وبين غيرها إلا أن الشأن فى أن استفاد كون الوارث له حق من الاخبار عل منع بل اما لأجل التعبد او ان الاخبار ناظرة الى عدم الاضرار بالورثة وحرمانهم لاثبوت حق للوارث ولو استفيد ثبوت الحق من الاقرار فلابد من أن يقتصر على مورده ولا يستكشف وجود حق مطلقاً فلا يسري ذلك الى المنجز . وبالجملة مسألة الاقرار مسألة مستقلة لا ربط لها بمسألة المنجزات ، فما يكون شاهد جمع بين اخبار الاقرار لا يكون شاهد جمع للاخبار الواردة فى منجزات المريض فلا تغفل .

بقي الكلام فى الاقرار فنقول لو أقر المريض لاحد بدين أو بأمر منجز هل يخرج من الاصل أو من الثلث ؟ اقوال للاخبار المختلفة ولأجل اختلافها تعددت الاقوال (١) والذي يقتضيه الجمع بين الاخبار هو التفصيل بين الاتهام وعدمه . فمع الاتهام يخرج من الثلث ومع

(١) واما عند الاربعة فقد اتفقت على خروج ما اقربه المريض من الاصل اذا كان الاقرار لغير الوارث كاقراره حال الصحة واما الاقرار للوارث فقد اختلفوا فالحنفية والحنابلة . قالا ان اقراره للوارث يعد لغواً والمالكية قالت بالصحة مع عـدم الاتهام وبالبطلان مع الاتهام المغني ج ٥ باب الاقرار .

عدمه يخرج من الأصل وعلى ذلك المشهور بين الاصحاب . اما الاخبار فمنها خبر منصور بن حازم سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً فقال ان كان الميت مرضياً فاعطه الذي أوصى له (١) ومنها خبر العلاء بياع السابري سألت أبا عبد الله عن امرأة استودعت رجلاً مالاً فلما حضرها الموت قالت له : ان المال الذي دفعته اليك لفلانة وماتت المرأة فأتى أولياؤها للرجل فقالوا له انه كان لصاحبتنا مال ولا نراه إلا عندك فاحلف لنا مالها قبلك شيء أفيحلف لهم فقال (ع) : « ان كانت مأمونة عنده فيحلف لهم وان كانت متهمة فلا يحلف لهم ويضع الامر على ما كان فانما لها من مالها ثلثه » (٢) ومنها خبر أبي بصير سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل معه مال مضاربة فمات وعليه دين وأوصى ان هذا الذي ترك لأهل المضاربة أيجوز ذلك ؟ قال (ع) : « نعم إذا كان مصدقاً » (٣) . وصحيح الحلبي قلت لأبي عبد الله (ع) : الرجل يقر لوارث بدين فقال : « يجوز إذا كان ملياً » (٤) ، ومنها خبره الآخر أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أقر لوارث بدين في مرضه أيجوز ذلك ؟ قال : نعم اذا كان ملياً (٥) ومكاتبة محمد بن عبد الجبار الى العسكري الى ان

(١) التهذيب كتاب الوصايا باب ٥ الاقرار في المرض حديث ٢ ج ٩ ص ١٥٩ وفي الوسائل كتاب الوصايا باب ١٦ صحة الإقرار للوارث وغيره وانه يمضي من الاصل الا ان يكون في مرض الموت ويكون المقر متهما فمن الثلث .

(٢) التهذيب كتاب الوصايا باب ٥ الاقرار في المرض حديث ٧ ج ٩ .

(٣) و (٤) و (٥) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٦ صحة الاقرار للوارث وغيره .

قال فكتب (ع) بخطه : إن كان الدين صحيحاً معروفاً ومفهوماً فيخرج الدين من رأس المال وإن لم يكن الدين حقاً أنفذ لها ما أوصت به من ثلثها كفى او لم يكف (١) ، ومنها خبر اسماعيل بن جابر سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل أقر لوارث وهو مريض بدين له عليه قال : يجوز إذا أقر به دون الثلث (٢) ، ومنها خبر سماعة سألته عمن أقر لوارث بدين عليه وهو مريض ، قال : يجوز عليه ما اقر به اذا كان قليلاً (٣) ، ومنها خبر أبي ولاد سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مريض اقر عند الموت لوارث بدين له عليه قال يجوز ذلك قلت فان اوصى لوارث بشيء قال جائز (٤) ومنها خبر السكوني قال امير المؤمنين (ع) في رجل أقر عند موته لفلان وفلان لأحدهما عندي الف درهم ثم مات على تلك الحال ايهما اقام البينة فله المال ، فان لم يقم واحد منهما البينة فالمال بينهما نصفان (٥) ، ومنها خبر سعد بن سعد عن الرضا (ع) قال سألته عن رجل مسافر حضره الموت فدفع مالاً الى رجل من التجار فقال له : ان هذا المال لفلان بن فلان ليس لي فيه قليل ولا كثير فادفعه اليه يصرفه حيث شاء فمات ولم يأمر فيه صاحبه الذي جعل له

---

(١) و (٢) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٦ صحة الاقرار للوارث وغيره .

(٣) و (٤) التهذيب كتاب الوصايا باب ٥ الاقرار بالمرض حديث ٦ ج ٩ وفي الوسائل كتاب الوصايا باب ١٦ صحة الاقرار للوارث وغيره .

(٥) التهذيب كتاب الوصايا باب ٥ الاقرار في المرض حديث ١٢ ص ١٦٢ ج ٩ .

ما امر ولا يدري ما الذي حمله على ذلك كيف يصنع ؟ قال : يضعه حيث شاء (١) . ولا يخفى ان هذه الاخبار بعضها مطلقة وبعضها مقيدة بالعدل وبعضها بالمرضي وبعضها بالثقة وبعضها بالمصدقة وبعضها بالملي والمراد به هو الملاءة وهي الوثاقة كما في الصحاح . وهذه الاشياء المختلفة مرجعها الى التهمة وحينئذ بعد حمل بعضها على بعض يتم الجمع بأن الاقرار مع التهمة يخرج من الثلث ومع عدم التهمة يخرج من الاصل وهذا هو الموافق للمشهور . وعليه فالاقوى في مسألة الاقرار هو التفصيل بين التهمة وعدم التهمة وفي المنجزات بالخروج من الاصل من غير فرق بين التهمة وعدم التهمة . نعم ربما يقال بانه مع التهمة لا يستفاد من الاخبار خروجها من الثلث بل يستفاد سقوطها ولكن لا يخفى اولاً الاجماع دال على اخراج ذلك من الثلث مضافاً الى ذلك خبر العلاء فان في ذيله تعليل عدم الحلف بانه لها من مالها ثلثه فانه لا ربط له الا باعتبار خروج ذلك من الثلث .

هذا ما أردنا بيانه في مسألة الاقرار والمنجزات وبذلك يتم الجزء الأول من الكتاب ويليه الجزء الثاني في المواريث والحمد لله أولاً وآخراً .

---

(١) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٦ صحة الاقرار للوارث وغيره بدين وانه يمضي من الاصل الا ان يكون في مرض الموت ويكون المقر متهما فمن الثلث .

فهرس

محتويات الجزء الاول من الكتاب

المقدمة

الوصايا

ص

الولاية

الخاتمة في منجزات المريض

في نذر النتيجة

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٨١	١٣	على امور الكافر	على امور الاول الكافر
١٦٠	١٩	الوصايه	الوصايا
١٨٨	٦	في جوبه	في وجوبه
١٩٩	٧	بالميل	بالمثل
١٩٩	٨	مثليا	قيميا
٢٥٣	١٧	الصحبة	الصحيحة
٣٠٥	٥	مخالفا	مخالف
٣٠١	٧	وعل	باللام عل